Heft 11 [825] 64. Jahrgang 16. März 1935

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates: Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Die neue Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935

(RGBl. I, 321)

Von Dr. W. Vogels, Ministerialrat im Reichs- und Preußischen Justizministerium

Aufgabe des Vergleichsverfahrens

Wenn ein Schuldner zahlungsunfähig wird, so hat das Gericht normalerweise auf Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers das Konkursverfahren zu eröffnen. Der Konkurs bedeutet in der Regel die wirtschaftliche Vernichtung des Schuldners; er reinigt das Wirtschaftsleben von ungeeigneten Unternehmungen. Es kann aber auch Fälle geben, wo der Schuldner Schonung verdient. Ist z. B. ein altes Geschäft von gutem Ruf lediglich durch widrige Umstände in Schwierigkeiten geraten, so werden die Gläubiger geneigt sein, dem Schuldner durch Stundung oder Teilerlaß entgegenzukommen, damit er seinen Betrieb weiterführen, seine Arbeiter und Angestellten weiter beschäftigen kann und den Gläubigern als Kunde erhalten bleibt. Um dem Konkurs zu entgehen, wird der Schuldner alle Kräfte anspannen; vielleicht werden ihm auch Angehörige mit Darlehen oder Bürgschaft beispringen. Da aber zu einem außergerichtlichen Vergleich Einstimmigkeit erforderlich ist, nützen dem Schuldner alle Bemühungen nichts, wenn ein Teil der Gläubiger sich weigerlich verhält. Hier greift das Vergleichsverfahren ein. Dieses Verfahren will einem würdigen, in Not geratenen Schuldner ermöglichen, den Konkurs durch eine Einigung mit seinen Gläubigern abzuwenden. Das Zustandekommen der Einigung wird dadurch erleichtert, daß der Schuldner zeitweilig Konkurs- und Vollstreckungsschutz genießt, und daß Vergleichsstörer durch einen Mehrheitsbeschluß der Gläubiger gezwungen werden können, sich dem Vergleich zu unterwerfen.

Vorgeschichte der neuen Vergleichsordnung

Das Vergleichsverfahren ist erst verhältnismäßig spät in das deutsche Recht eingeführt worden. Die Forderung nach Schaffung eines solchen Verfahrens wurde zwar schon lange Zeit vor dem Kriege immer wieder erhoben; ein Erfolg war diesen Bestrebungen jedoch damals nicht beschieden. Erst der Kriegsausbruch brachte die Entwicklung ins Rollen. Die GeschAufsVO. v. 8. Aug. 1914 (RGBl. 363) gewährte Personen, die durch die Kriegsverhältnisse in Zahlungsschwierigkeiten geraten waren, die Möglichkeit, den Konkurs dadurch abzuwenden, daß sie sich vom Gericht einer Aufsicht unterstellen ließen. Während der Geschäftsaufsicht konnte der Schuldner sich mit seinen Gläubigern im Wege des Zwangsvergleichs über Stundung oder Erlaß einigen (VO. v. 14. Dez. 1916 [RGBl. I, 1363]). Die Geschäftsaufsicht wurde häufig von böswilligen Schuldnern mißbraucht; AbändVO. vom 2. Febr. 1924 und 14. Juni 1924 (RGBl. I, 51 und 641) versuchten vergeblich, Abhilfe zu schaffen. Die GeschAufsVO. ließ sich nicht mehr länger halten. Sie wurde ersetzt durch das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses vom 5. Juli 1927 (RGBl. I, 139). Diese alte VerglO. stellte zwar gegenüber der GeschAufsVO. einen bedeutenden Fortschritt dar. Bei ihrer Handhabung zeigten sich aber schon bald erhebliche Mängel; auch sie bot keinen genügenden Schutz dagegen, daß sie von unwürdigen Schuldnern zur Schädigung der Gläubiger mißbraucht wurde.

Seit etwa 1928 setzten sich maßgebliche Vertreter der Wirtschaft für eine gründliche Umgestaltung der VerglO. ein. Ähnliche Bestrebungen zeigten sich in Österreich gegenüber der dortigen „Ausgleichsordnung“. Da man gleichzeitig die Rechtsangleichung der beiden Bruderstaaten fördern wollte, stellte der Deutsche Industrie- und Handelstag zusammen mit dem österr. Kammertag den Entwurf für eine gemeinsame deutsch-österr. VerglO. auf. Auf dieser Grundlage arbeiteten die Justizministerien der beiden Staaten (vertreten auf deutscher Seite durch MinR. Dr. Kiesow, auf österr. Seite durch MinR. Dr. Strobele) einen amtlichen Entwurf für eine solche gemeinsame VerglO. aus. Um allen Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wurde dieser Entwurf im Jahre 1933 veröffentlicht. Infolge der Entwicklung der Verhältnisse in Österreich ließ sich der Gedanke der Rechtsangleichung nicht mehr durchführen; Österreich hat inzwischen seine Ausgleichsordnung selbständig geändert. Die Reichsregierung legte den Entwurf der Akademie für Deutsches Recht zur Begutachtung vor. Diese stimmte dem Entwurf im wesentlichen zu, regte aber eine Reihe von Abänderungen an. Der Bericht über das Ergebnis der Ausschußsitzungen ist in der Ztschr. der Akademie 1934, 143 veröffentlicht. Die Anregungen der Akademie sowie die zahlreichen Äußerungen, die dem RJM. zu dem Entwurf zugegangen waren, führten dazu, daß der Entwurf von 1933 überprüft und im Sinne der nationalsozialistischen Rechts- und Staatsauffassung umgestaltet wurde. Die Reichsregierung hat nunmehr diesen Entwurf zum Gesetz erhoben. Der Führer und Reichskanzler hat das Gesetz am 26. Febr. 1935 unterzeichnet.

Die neue VerglO. tritt am 1. April 1935 in Kraft. Gleichzeitig wird die alte VerglO. aufgehoben. Es handelt sich sowohl äußerlich wie inhaltlich um eine völlige Neuordnung. Auf die zahlreichen kleineren Änderungen kann hier nicht eingegangen werden. Die wichtigeren Neuerungen sind folgende:

I. Vergleichsantrag und Verfahrenseröffnung

1. Abschaffung des außergerichtlichen Vorverfahrens

Die VerglO. von 1927 erblickte einen besonders wirksamen Schutz der Gläubiger in der Vorschrift, daß das Vergleichsverfahren nur eröffnet werden durfte, wenn die Gläubiger mit einer Kopf- und Summenmehrheit der Eröffnung des Verfahrens zustimmten. Die an diese Vorschrift geknüpften Erwartungen haben sich nicht erfüllt. Sie nötigen den Schuldner, schon vor Stellung des Vergleichsantrags den Gläubigern gegenüber seine Notlage zu bekennen. Für rücksichtslose Gläubiger war dies ein Signal, sofort mit Vollstreckungen über den Schuldner herzufallen, um sich, wenn möglich, noch Sondervorteile zu sichern. Der Schuldner war in der Regel gezwungen, sich zu den Verhandlungen mit den Gläubigern eines sog. Vergleichsagenten zu bedienen. Da in diesem Stadium eine Mitwirkung des Gerichts noch nicht möglich war, ließ es sich nicht verhindern, daß unzuverlässige Personen sich an diese Aufgabe herandrängten, deren Vergütungsansprüche mitunter im umgekehrten Verhältnis zum Wert ihrer Leistungen standen. Um diese Mißstände abzustellen, hat die neue VerglO. das Erfordernis der vorherigen Gläubigerzustimmung fallen gelassen.

2. Gläubigerschutz während des gerichtlichen Vorverfahrens

Sowohl in der alten wie in der neuen VerglO. ist vorgesehen, daß der Schuldner vom Tage des Eingangs des Vergleichsantrags ab zunächst einmal Schutz gegen einen Konkursantrag genießt. Das Vergleichsgericht braucht dann etwa zwei bis drei Wochen, um durch Befragung der Berufsvertretung und durch eigene Ermittlungen festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Eröffnung des Vergleichsverfahrens gegeben sind.

Nach der alten VerglO. konnten gewissenlose Schuldner diesen Zeitraum dazu benutzen, um ihr Vermögen beiseitezuschaffen. Die neue VerglO. schiebt dem einen Riegel vor. Das Gericht hat sofort nach Eingang des Antrags zur Überwachung des Schuldners einen vorläufigen Verwalter zu bestellen und den Eingang des Antrags und den Namen des Verwalters öffentlich bekanntzumachen. Gleichzeitig hat es zu prüfen, ob dem Schuldner bereits vor Eröffnung des Verfahrens Verfügungsbeschränkungen aufzuerlegen sind, und ob etwa gegen ihn gerichtete Vollstreckungsmaßnahmen einstweilen eingestellt werden sollen. Auf diese Weise wird das Vermögen des Schuldners während des Vorverfahrens für die Gläubiger sichergestellt und gegen eine Verminderung durch Rechtsgeschäfte des Schuldners oder durch Vollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger geschützt.

3. Mindestsatz

Das Verfahren darf nur eröffnet werden, wenn der Vergleichsvorschlag den Gläubigern einen bestimmten Mindestsatz bietet. Der Mindestsatz betrug bisher 30% und ist jetzt auf 35 und 40% erhöht.

Bisher galt der Mindestsatz nur für einen Vergleich, in dem der Schuldner einen ziffernmäßig bestimmten, teilweisen Erlaß seiner Forderungen in Anspruch nahm. Das Erfordernis des Mindestsatzes wird jetzt auf die häufig vorkommenden Vergleiche ausgedehnt, bei denen der Schuldner den Gläubigern sein Vermögen zur Verwertung mit der Abrede überläßt, daß der nicht gedeckte Teil der Forderungen erlassen sein soll. Gerade dieser Liquidationsvergleich ermöglichte es dem Schuldner, seine Schulden zum Schaden der Gläubiger in unbilliger Weise abzuschütteln. Ein solcher Vergleichsvorschlag darf jetzt nur noch zugelassen werden, wenn die Verwertung des Vermögens den Gläubigern voraussichtlich 35% ihrer Forderungen gewähren wird und der Schuldner, falls die Verwertung weniger ergeben sollte, für den an 35% fehlenden Betrag weiterhaftet (§ 7).

4. Wiederauflebensklausel

Wenn im Vergleich nichts anderes vereinbart ist, werden Erlaß und Stundung hinfällig, wenn der Schuldner mit der Erfüllung in Verzug gerät. Diese schon in der alten VerglO. enthaltene Bestimmung hat insofern zu Härten geführt, als der Schuldner auch dann, wenn er lediglich infolge einer unglücklichen Verkettung von Umständen den Zahlungstermin nicht ganz pünktlich einhalten konnte, der Vergleichsvorteile verlustig ging. Das neue Gesetz mildert dies durch die zwingende Vorschrift ab, daß ein Verzug im Sinne dieser Vorschrift erst gegeben ist, wenn der Gläubiger den Schuldner unter Setzung einer mindestens einwöchigen Nachfrist schriftlich gemahnt hat (§ 9).

Die Wiederauflebensklausel brachte den Schuldner ferner dann in eine schwierige Lage, wenn er glaubte, eine Forderung bestreiten zu müssen. Das Bestreiten schützte den Schuldner nicht vor den Verzugsfolgen. Siegte der Gläubiger im Prozeß ob, so waren in der Regel diesem Gläubiger gegenüber Erlaß und Stundung hinfällig. Das Gesetz beseitigt diese Unbilligkeit durch die Vorschrift, daß der Schuldner beim Vergleichsgericht beantragen kann, den Betrag der bestrittenen Forderung vorläufig festzusetzen; berücksichtigt der Schuldner die Forderung bei der Vergleichserfüllung mit diesem Betrage, so treffen ihn die Nachteile der Wiederauflebensklausel auch dann nicht, wenn sich später herausstellen sollte, daß sein Bestreiten unberechtigt war (§ 97).

5. Ausschluß unwürdiger Schuldner

Das Vergleichsverfahren ist nur für Schuldner bestimmt, die eine Schonung verdienen. Das Gesetz hat zwar davon abgesehen, eine Generalklausel etwa des Inhalts aufzunehmen, daß das Vergleichsverfahren abzulehnen sei, wenn der Schuldner nach seiner Persönlichkeit oder Wirtschaftsweise des Vergleichsverfahrens unwürdig sei; die Eröffnung des Verfahrens von einem so dehnbaren Tatbestand abhängig zu machen, würde zu einer ungleichmäßigen Handhabung des Gesetzes und zur Rechtsunsicherheit geführt haben. Sowohl das alte wie das neue Gesetz haben es vorgezogen, die Ablehnungsgründe einzeln aufzuzählen. In dem neuen Gesetz sind jedoch einige der Ablehnungsgründe verschärft und erweitert. Während z. B. bisher ein Schuldner, der innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Vergleichsantrag bereits ein Vergleichs- oder ein Konkursverfahren durchgemacht oder den Offenbarungseid geleistet hat, nach dem Ermessen des Gerichts von einem neuen Vergleichsverfahren ausgeschlossen werden konnte, schreibt das neue Gesetz zwingend vor, daß in einem solchen Falle die Eröffnung des Vergleichsverfahrens stets abzulehnen ist. Als weitere Ablehnungsgründe sind hinzugekommen: Mangelhaftigkeit der geschäftlichen Aufzeichnungen des Schuldners, Zuwiderhandlung gegen Anordnungen des vorläufigen Verwalters oder gegen Verfügungsbeschränkungen des Gerichts sowie Verursachung des Vermögensverfalls durch Preisschleuderei.

6. Abschaffung des Firmenzusatzes

Nach der alten VerglO. war der Schuldner verpflichtet, während der Dauer des Verfahrens seiner Firma den Zusatz „im Vergleichsverfahren" beizufügen. Durch diese Vorschrift wurde dem Schuldner die Weiterführung des Geschäfts mehr als nötig erschwert. Das neue Gesetz hat die Vorschrift gestrichen und begnügt sich mit der öffentlichen Bekanntmachung der Verfahrenseröffnung sowie einem Vermerk im Handelsregister und nötigenfalls einem Sperrvermerk im Grundbuch.

II. Inhalt und Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses

1. Ernennung des Vergleichsverwalters und des Gläubigerbeirats

Das Gericht hat im Eröffnungsbeschluß den Vergleichsverwalter zu ernennen. Nach der alten VerglO. war das Gericht verpflichtet, denjenigen zum Vergleichsverwalter zu be-

stimmen, der ihr von der Gläubigermehrheit vorgeschlagen wurde. Da die Gläubiger sich gewöhnlich in solchen Dingen der Führung des Schuldners überließen, führte diese Regelung dazu, daß in vielen Fällen der vom Schuldner mit der Vergleichsvorbereitung beauftragte Vergleichsagent zum Vergleichsverwalter (oder, wie es damals hieß, „Vertrauensperson") ernannt werden mußte, obwohl diese Persönlichkeit weder das Vertrauen der Gläubiger noch das des Gerichts genoß und in Wirklichkeit nur ein Vertrauensmann des Schuldners war. Das neue Gesetz hat das Vorschlagsrecht der Gläubiger abgeschafft. Der Vergleichsverwalter wird vom Richter nach pflichtmäßigem Ermessen ausgewählt, ohne daß er hierbei durch irgendwelche Vorschläge gebunden wäre. Das Gesetz verlangt vielmehr ausdrücklich, daß das Gericht zum Vergleichsverwalter nur eine geschäftskundige, von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Person bestellen soll (§ 38). Das schließt nicht unbedingt aus, daß das Gericht eine Persönlichkeit zum Verwalter ernennt, die bei der Vorbereitung des Verfahrens irgendwie mitgewirkt hat, vorausgesetzt, daß sie den obigen Erfordernissen entspricht.

Im Vorverfahren hat das Gericht nach den gleichen Grundsätzen auch den vorläufigen Verwalter auszusuchen, dessen Amt mit der Verfahrenseröffnung endigt. In der Regel wird das Gericht den vorläufigen Verwalter auch als endgültigen beibehalten können. Eine Bindung ist dem Gericht jedoch auch in dieser Hinsicht nicht auferlegt, weil es immerhin möglich ist, daß der vorläufige Verwalter sich nicht bewährt, oder daß das Gericht zu der Erkenntnis gekommen ist, daß eine andere Persönlichkeit geeigneter sei.

Nach bisherigem Recht war das Gericht verpflichtet, auf Verlangen der Gläubigermehrheit einen Gläubigerbeirat zu ernennen. Auch diese Vorschrift ist gestrichen. Das Gericht entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen darüber, ob ein Gläubigerbeirat zu ernennen ist oder nicht.

2. Vergleichsgläubiger. Behandlung gegenseitiger Verträge

Der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ist maßgebend für die Abgrenzung des Kreises der Vergleichsgläubiger (§ 25). Welche Gläubiger am Vergleichsverfahren beteiligt und vom Vergleich betroffen werden, wurde in der alten VerglO. lediglich durch eine ziemlich undurchsichtige Verweisung auf die KO. bestimmt. Bei Abfassung des neuen Gesetzes hat man Verweisungen auf andere Gesetze möglichst vermieden, um das Gesetz aus sich heraus verständlich zu machen. Daher hat man jetzt die einzelnen Gruppen der beteiligten und der nichtbeteiligten Gläubiger in den §§ 25 bis 36 aufgezählt.

Vom Vergleich nicht betroffen sind u. a. Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrage, der bei Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht voll erfüllt ist. Diese schon im bisherigen Rechte enthaltene Vorschrift ist in einem wesentlichen Punkt geändert worden: Nach der herrschenden Meinung ist ein Vertrag über mehrere aufeinanderfolgende Leistungen (z. B. von Waren irgendwelcher Art oder von Gas, Wasser oder Elektrizität) als ein einheitlicher Vertrag anzusehen. Hatte nun der Gläubiger bei Verfahrenseröffnung einen noch so kleinen Teil seiner Leistungen noch nicht bewirkt, so stand er mit seinem Anspruch auf die Gegenleistung für alle bisher von ihm aus diesem Vertrag bewirkten Leistungen außerhalb des Vergleichsverfahrens. Die dem Gläubiger obliegende Leistung galt auch dann als nicht vollständig bewirkt, wenn er unter Eigentumsvorbehalt geliefert hatte und der Vorbehalt noch bei einem Teil der Waren nicht erloschen war. Ja, es ist sogar vorgekommen, daß der Gläubiger deshalb von der im Vergleich vorgenommenen Forderungskürzung nicht betroffen wurde, weil seine Lieferung mangelhaft und daher im Rechtssinne „nicht vollständig" bewirkt war. Diese durchaus unbilligen Ergebnisse sollen in Zukunft nicht mehr möglich sein.

Das neue Gesetz bestimmt, daß der Gläubiger, der in einem gegenseitigen Vertrag teilbare Leistungen versprochen und diese bei Verfahrenseröffnung bereits teilweise bewirkt hat, mit seiner Gegenforderung für diese Teilleistung Vergleichsgläubiger ist. Ist die vom Gläubiger geschuldete Leistung deshalb nicht als vollständig bewirkt anzusehen, weil die Leistung mangelhaft ist, so ist der Gläubiger mit dem Anspruch auf die ihm etwa trotz des Mangels zustehende Gegenleistung Vergleichsgläubiger (§ 36).

Nach § 455 BGB. kann der Vorbehaltsverkäufer vom Vertrage zurücktreten, wenn der Schuldner mit der Gegenleistung in Verzug gerät. Übt er das Rücktrittsrecht aus, so ist der Käufer verpflichtet, die Waren zurückzugeben oder, wenn er sie bereits weiterveräußert hat, ihren Wert zu erstatten. Übte der Gläubiger das Rücktrittsrecht erst nach der Verfahrenseröffnung aus, so war er nach der herrschenden Meinung mit dem Anspruch auf Werterfatz Neugläubiger, wurde also vom Vergleich nicht betroffen. Er nahm dem Schuldner auch die Möglichkeit, mit Genehmigung des Gerichts die Vertragserfüllung abzulehnen, da ein abzulehnender Vertrag infolge des Rücktritts nicht mehr bestand. Um zu verhindern, daß der Gläubiger sich auch gegenüber den neuen Vorschriften durch Ausübung des Rücktrittsrechts der Vergleichswirkung entzieht, ist jetzt vorgeschrieben, daß der Gläubiger wegen der bei Verfahrenseröffnung bereits bewirkten Teilleistungen nach der Verfahrenseröffnung ein Rücktrittsrecht nicht mehr ausüben kann (§ 36 Abs. 2 Satz 2).

3. Abwicklung gegenseitiger Verträge

Der Schuldner kann sowohl nach der alten wie nach der neuen VerglO. mit Ermächtigung des Gerichts die Erfüllung oder die weitere Erfüllung eines bei Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht voll erfüllten Vertrags ablehnen. Hat z. B. der Schuldner eine größere Maschinenanlage bestellt, die er infolge der Eröffnung des Vergleichsverfahrens und der etwa hiermit verbundenen Umstellung seines Betriebs nicht mehr verwenden kann, so gestattet das Gesetz dem Schuldner, die zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch nicht ausgeführte Bestellung rückgängig zu machen. Der Gläubiger kann wegen dieser Erfüllungsablehnung Schadensersatz verlangen, ist aber mit dieser Forderung Vergleichsgläubiger. Diese Regelung ist notwendig, weil von der Lösung solcher Verträge u. U. die Weiterführung des Geschäfts des Schuldners abhängt. Einzelne Gläubiger haben nun versucht, sich vor diesem im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger zu bringenden Opfer dadurch zu schützen, daß sie im Vertrag den Schuldner genötigt haben, im voraus auf das im Vergleichsverfahren ihm zustehende Ablehnungsrecht zu verzichten. Das neue Recht tritt dem entgegen, indem es bestimmt, daß die Partei sich auf Abreden, durch die das Ablehnungsrecht im voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird, nicht berufen kann. Diese Fassung wurde gewählt, um zum Ausdruck zu bringen, daß die Gültigkeit des Vertrags im übrigen durch die Nichtigkeit der Klausel nicht berührt wird.

III. Vergleichstermin

1. Auskunfts- und Eidespflicht des Schuldners

Die alte VerglO. bestimmte, daß der Schuldner auf Verlangen jedes beliebigen Vergleichsgläubigers im Vergleichstermin den Offenbarungseid zu leisten habe. Diese Verpflichtung wird in dem neuen Gesetz teils erweitert, teils eingeschränkt. Der Schuldner ist jetzt verpflichtet, auf Befragen die zur Beurteilung seiner Vermögenslage sowie der Angemessenheit und Erfüllbarkeit des Vergleichs erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Er braucht aber diese Auskunft sowie die Versicherung, daß er sein Vermögen vollständig angegeben habe, nur dann eidlich zu erhärten, wenn das Gericht dies zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für notwendig hält. Dieser Eid wird nicht mehr als „Offenbarungseid" bezeichnet, weil sich dieser Ausdruck wegen seiner kreditschädigenden Wirkung für das Vergleichsverfahren nicht eignet (§ 69).

2. Stimmrecht

In dem Vergleichsvorschlag wird in der Regel für Kleingläubiger eine Vorzugsbehandlung vorgesehen. Ist nun z. B. bestimmt, daß Gläubiger, deren Forderung einen bestimmten Höchstbetrag (etwa 100 RM) nicht übersteigt, oder die ihre Forderung auf diesen Betrag herabsetzen, voll befriedigt werden sollen, so konnten sich diese Gläubiger nach der alten

VerglO. an der Abstimmung beteiligen. Dies war unbillig. Jetzt heißt es, daß Vergleichsgläubiger, deren Kapitalforderung nach dem Vergleichsvorschlag nicht beeinträchtigt wird, kein Stimmrecht haben (§ 72).

3. Abstimmung

Zur Annahme des Vergleichs ist die einfache Kopfmehrheit und eine Dreiviertel-Summenmehrheit erforderlich. Bei Berechnung der Kopfmehrheit wurden bisher sämtliche stimmberechtigten Vergleichsgläubiger mitgezählt, also auch diejenigen, die zum Vergleichstermin nicht erschienen waren. Das Fernbleiben vom Termin war also gleichbedeutend mit Ablehnung des Vergleichs. Nach dem neuen Gesetz werden bei Berechnung der Kopfmehrheit nur die im Termin anwesenden sowie die schriftlich zustimmenden Gläubiger berücksichtigt. Hierdurch wird das Zustandekommen des Vergleichs im Interesse des Schuldners und der vergleichsbereiten Gläubiger erleichtert. Die Dreiviertel-Summenmehrheit wird nach wie vor von der Gesamtheit der Vergleichsforderungen berechnet.

Bei Berechnung der Kopfmehrheit werden Gläubiger, die den Vergleichsvorschlag schriftlich abgelehnt haben, aber im Termin nicht erschienen sind, nicht berücksichtigt. Hierfür war die Erwägung maßgebend, daß der Vergleichstermin dem Schuldner und dem Vergleichsverwalter Gelegenheit geben soll, auf solche Gläubiger, die wegen irriger Beurteilung der Lage, vielleicht auch nur aus Eigensinn od. dgl. dem Vergleich widersprechen, durch geeignete Darlegungen einzuwirken.

4. Änderung des Vergleichsvorschlags zuungunsten der Gläubiger

Nach bisherigem Recht war streitig, ob der Schuldner den Vergleichsvorschlag nach der Verfahrenseröffnung noch zuungunsten der Gläubiger ändern darf. Diese Frage wird jetzt dahin entschieden, daß eine solche Änderung zwar zulässig ist, daß aber der geänderte Vorschlag nur zur Abstimmung gestellt werden darf, wenn der Schuldner ihn durch Vermittlung des Gerichts allen Vergleichsgläubigern rechtzeitig vor dem Termin hat mitteilen lassen.

5. Vertagung

Um eine Verschleppung des Verfahrens zu vermeiden, kann der Vergleichstermin sowohl nach altem wie nach neuem Recht nur aus wenigen, bestimmten Gründen vertagt werden. In Erweiterung des bisher geltenden Rechts soll jetzt die Vertagung auch möglich sein, wenn im Vergleichstermin nur eine der vorgeschriebenen Mehrheiten, also entweder die Kopf- oder die Summenmehrheit erreicht worden ist. Hierdurch wird die Gefahr, daß das Schicksal des Schuldners lediglich von Zufallsmehrheiten abhängt, wesentlich vermindert.

IV. Bestätigung und Wirkungen des Vergleichs

1. Bestätigungsverfahren

Der angenommene Vergleich bedarf der Bestätigung des Gerichts. Dem gelegentlich geäußerten Vorschlag, daß das Gericht berechtigt sein solle, auch einen von den Gläubigern abgelehnten Vergleich zu bestätigen, ist das Gesetz schon wegen der schädlichen Auswirkungen auf den deutschen Kredit nicht gefolgt.

Das Gericht hat aber aus bestimmten Gründen einem angenommenen Vergleich die Bestätigung zu versagen, namentlich wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der Vergleichsgläubiger widerspricht. Das wird z. B. der Fall sein, wenn die Vergleichserfüllung offenbar nicht genügend sichergestellt ist, oder wenn der Schuldner anfechtbare Rechtsgeschäfte vorgenommen hat und zu erwarten ist, daß die Durchführung des Konkursverfahrens wegen der dann möglichen Anfechtung der Geschäfte für die Gläubiger zu einem günstigeren Ergebnis führen wird als der Vergleich.

2. Vollstreckbarkeit des Vergleichs

Nach bisherigem Recht konnte ein Vergleichsgläubiger auf Grund eines Auszugs aus dem Gläubigerverzeichnis in Verbindung mit dem bestätigten Vergleich vollstrecken, wenn weder der Schuldner noch der Verwalter **noch ein Vergleichsgläubiger** im Vergleichstermin seine Forderung bestritten hatte. Daß schon das Bestreiten durch einen Vergleichsgläubiger der Forderung die Vollstreckbarkeit nahm, war nicht gerechtfertigt, zumal da der betreffende Gläubiger (abweichend von der Regelung im Konkurs) nicht zu befürchten brauchte, daß er durch eine Klage des Gläubigers der bestrittenen Forderung zur Aufgabe des Widerspruchs gezwungen werden könnte. Nach der neuen VerglO. hat das von einem Vergleichsgläubiger ausgehende Bestreiten lediglich Einfluß auf das Stimmrecht, nicht mehr auf die Vollstreckbarkeit der Forderung. Die Vollstreckbarkeit wird also der Forderung nur noch durch ein vom Schuldner oder vom Verwalter ausgehendes Bestreiten genommen (§ 85). Dafür hat das Gesetz aber dem Verwalter die Verpflichtung auferlegt, in allen Fällen, wo begründete Bedenken gegen die Forderung bestehen, von seinem Bestreitungsrecht Gebrauch zu machen (§ 71 Abs. 1).

3. Vollstreckbarkeit bei Verzug des Schuldners

Nach altem wie nach neuem Recht lebt die Forderung des Gläubigers in voller Höhe wieder auf, wenn der Schuldner mit der Erfüllung des Vergleichs in Verzug gerät (§ 9). Bisher war nun streitig, ob der Gläubiger, der wegen der ganzen Forderung vollstrecken will, die Vollstreckungsklausel nur erlangen kann, wenn er den Verzug des Schuldners gemäß § 726 ZPO. durch öffentliche Urkunden nachweist. Diese Frage wird jetzt dahin geklärt, daß der Gläubiger die Inverzugsetzung des Schuldners durch Mahnung und Nachfrist glaubhaft zu machen hat, dagegen die übrigen Verzugsvoraussetzungen (namentlich die schuldhafte Nichtleistung) nicht mehr nachzuweisen braucht (§ 85 Abs. 3).

4. Vollstreckbarkeit gegenüber dem Vergleichsbürgen

Für das bisherige Recht wurde die Meinung vertreten, daß der Bürge sich nur durch eine mündliche Erklärung im Vergleichstermin wirksam gegenüber den Vergleichsgläubigern verpflichten könne. Diese Auffassung wird von dem neuen Gesetz mißbilligt. Es wird jetzt klargestellt, daß die Bürgschaft auch durch eine dem Vergleichsgericht eingereichte schriftliche Erklärung übernommen werden kann; und zwar macht es hierbei keinen Unterschied, ob die Erklärung von vornherein dem Vergleichsantrag beigefügt ist oder erst später dem Gericht eingereicht wird (§ 85 Abs. 2).

V. Überwachung der Vergleichserfüllung

1. Vereinbarte Überwachung

Eine der Hauptklagen gegenüber dem bisherigen Recht war die, daß der Schuldner nicht mit genügendem Nachdruck angehalten werde, den Vergleich zu erfüllen. Das Gesetz wendet jetzt der Vergleichserfüllung sein besonderes Augenmerk zu. Der Richter darf nach der Vergleichsbestätigung das Verfahren nur noch dann aufheben, wenn der Schuldner sich im Vergleich bis zu dessen Erfüllung oder bis zum Eintritt einer im Vergleich bezeichneten Bedingung (z. B. bis zur Stellung eines tauglichen Bürgen oder anderer Sicherheiten) der Überwachung durch einen Sachwalter der Gläubiger unterworfen hat. Diese vereinbarte Überwachung, die auf den Willen der Gläubiger schließen läßt, sich selbst um die Vergleichserfüllung zu bekümmern, und die daher Förderung verdient, wird jetzt im Gesetz durch einige, die Parteivereinbarung ergänzende Vorschriften näher geregelt. U. a. ist vorgesehen, daß das Gericht einen ungeeigneten Sachwalter abberufen und durch einen anderen ersetzen kann, daß die dem Sachwalter erteilte Vollmacht im Zweifel unwiderruflich ist, daß „zugunsten der Vergleichsgläubiger ohne nähere Bezeichnung" eine Sicherungshypothek an den Grundstücken des Schuldners eingetragen werden kann sowie ferner, daß das Gericht auch während dieser vereinbarten Überwachung (trotz Aufhebung des eigentlichen Vergleichsverfahrens) Verfügungsbeschränkungen aufrechterhalten oder neue erlassen kann.

2. Fortsetzung des Vergleichsverfahrens nach der Vergleichsbestätigung

Hat der Schuldner sich nicht freiwillig einer Überwachung durch die Gläubiger unterworfen, so ist das Vergleichsverfahren in der Regel fortzusetzen. Eine Ausnahme hiervon ist nur zulässig, wenn die Gläubiger es im Vergleichstermin mit der für die Annahme des Vergleichs vorgeschriebenen Mehrheit beantragen, oder wenn die Summe der Vergleichsforderungen so niedrig ist, daß die Kosten der Fortsetzung des Verfahrens im Verhältnis zu hoch sein würden.

Bei der Fortsetzung des Verfahrens bleiben die Vergleichsorgane (Vergleichsverwalter, Gläubigerbeirat) im Amt, und etwa erlassene Verfügungsbeschränkungen bleiben bestehen.

Der Vollstreckungs- und der Konkursschutz fallen allerdings weg, weil ein Bedürfnis für deren Fortbestehen in diesem Abschnitt des Verfahrens nicht mehr anerkannt werden kann: Erfüllt der Schuldner den Vergleich, so braucht er keine Vollstreckung zu befürchten; erfüllt er ihn nicht, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn die Vergleichsgläubiger gegen ihn mit Zwangsmitteln vorgehen.

Das Verfahren wird erst aufgehoben, wenn das Gericht durch eine Anzeige des Verwalters oder auf andere Weise glaubhaft erfährt, daß der Vergleich erfüllt ist. Stellt sich heraus, daß der Vergleich nicht erfüllt werden kann, so hat das Gericht von Amts wegen über die Konkurseröffnung zu entscheiden; die von Amts wegen erfolgende Konkurseröffnung kann unterbleiben, wenn die Rückstände verhältnismäßig geringfügig sind (§ 96). Auch ein erst im Nachverfahren eröffneter Konkurs wird als Anschlußkonkurs behandelt (§ 102).

VI. Sonstige Änderungen

1. Handesgesellschaften usw.

Nach der alten VerglO. war bei einer AktG., einer GmbH., einer Genossenschaft, einer sonstigen juristischen Person, einem passivparteifähigen Verein oder einer OHG. die Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht mehr zulässig, wenn die Gesellschaft usw. aufgelöst war. Erwies sich eine aufgelöste Gesellschaft usw. als zahlungsunfähig oder überschuldet, so stand zur Durchführung der Liquidierung nur das Konkursverfahren zur Verfügung. Dies hat sich als unzweckmäßig erwiesen. Daher läßt das neue Gesetz das Vergleichsverfahren auch noch bei einer aufgelösten Gesellschaft usw. zu (§§ 108 ff.). Die Vorschriften, wonach der Vorstand einer AktG. zur Stellung des Vergleichs- oder Konkursantrags verpflichtet ist, sind entsprechend geändert (§§ 125 ff.).

2. Gerichtskosten

Die Gerichtsgebühren werden nach den Aktiven des Vergleichsschuldners berechnet. Nach bisherigem Recht war streitig, ob hierbei Absonderungsrechte, z. B. Hypotheken, abzusetzen sind. Die Frage wird jetzt in bejahendem Sinne entschieden (§ 129). Diese Änderung wirkt sich als eine Gebührenermäßigung aus, zumal da das Gesetz davon abgesehen hat, für die Fortsetzung des Verfahrens nach der Vergleichsbestätigung eine besondere Gebühr zu fordern.

Aus dem vorstehenden Überblick ergibt sich, daß das Gesetz keineswegs einseitig nur Verschärfungen in die VerglO. hineingebracht hat. Es soll zwar mit Nachdruck verhindert werden, daß böswillige Schuldner die VerglO. zur Schädigung der Gläubiger mißbrauchen. Anderseits soll aber der willige, schonungsbedürftige und schonungswürdige Schuldner davor geschützt werden, daß einzelne rücksichtslose Gläubiger ihm die Überwindung der Krise und die Weiterführung seines Betriebes über Gebühr erschweren. Möge diese nun endlich nach jahrelangen Vorarbeiten zustande gekommene neue VerglO. die Erwartungen der Beteiligten erfüllen und sich zum Segen der deutschen Volkswirtschaft auswirken!

Die Rechtsfolgen der „Ehescheidung nach Frauenrecht"

Von Amtsgerichtsrat Maßfeller im Reichs- und Preußischen Justizministerium, Berlin

Nach Art. 1 des Gesetzes über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung v. 24. Jan. 1935 (RGBl. I, 48) sind für die Klage einer Frau auf Scheidung ihrer Ehe die deutschen Gesetze auch dann maßgebend, wenn nur die Frau, nicht aber der Mann die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und das Heimatrecht des Mannes eine Scheidung dieser Ehe dem Bande nach grundsätzlich nicht zuläßt. Zweck und Inhalt dieser Vorschrift habe ich in dieser Zeitschrift (JW. 1935, 399) darzulegen versucht. Hier seien kurz erörtert die Wirkungen, die sich an eine Scheidung nach Frauenrecht knüpfen.

I.

Unmittelbare Wirkung der Scheidung ist, daß die bisher zwischen den Ehegatten bestehende Ehe aufgelöst wird. Diese Wirkung der Scheidung tritt für den ausländischen Mann ebenso ein wie für die deutsche Frau. Der Heimatstaat des Mannes mag dem deutschen Scheidungsurteil die Anerkennung versagen und deshalb die Ehe als noch bestehend ansehen, für das deutsche Rechtsgebiet ist der Mann jedenfalls nicht mehr ehelich gebunden. Ob man daraus weiter folgern darf, daß auch eine neue Ehe eingegangen werden kann, mag zweifelhaft sein. Soweit die Frau in Betracht kommt, können allerdings Zweifel nicht bestehen; denn sie ist deutsche Staatsangehörige, und ihre Ehefähigkeit richtet sich ausschließlich nach deutschem Recht (Art. 13 EGBGB.). Dagegen muß die Ehefähigkeit des ausländischen Mannes gemäß Art. 13 EGBGB. nach seinem Heimatrecht beurteilt werden. Erkennt der ausländische Staat das deutsche Ehescheidungsurteil an, so bestehen auch gegen seine Ehefähigkeit keine Bedenken. Wird ihm die Anerkennung versagt, so steht der Schließung einer zweiten Ehe das in dem jeweils in Betracht kommenden ausländischen Recht begründete Ehehindernis des bestehenden Ehebandes entgegen. Die Frage ist, ob dieses impedimentum ligaminis auch bei der Eheschließung des Mannes in Deutschland zu beachten ist, und ob eine trotz des Hindernisses geschlossene zweite Ehe des Mannes auch in Deutschland als Doppelehe nichtig ist. Der zweite Teil der Frage ist unbedingt zu verneinen. Würden wir die zweite Ehe des Mannes als Doppelehe für nichtig ansehen, so würden wir gegen unsere eigene Rechtsordnung handeln, deren Vorschriften gemäß die Ehe geschieden worden ist. Wenn wir die Ehe von Personen, von denen nur eine deutsche Staatsangehörige ist, in Deutschland scheiden, so müssen wir auch die Folgerungen hieraus ziehen und die Ehe in jeder Beziehung und für jeden Ehegatten als aufgelöst betrachten. Selbstverständlich beurteilen wir die Ehefähigkeit des ausländischen Teils nach seinem Heimatrecht; nur, soweit das Heimatrecht die Ehefähigkeit des ihm unterstehenden Ehegatten wegen des nach dem Heimatrecht noch bestehenden Ehebandes verneint, muß es dem deutschen Recht gegenüber zurücktreten. Die zweite Ehe des Mannes ist im Herrschaftsbereich der deutschen Gesetze gültig. Das im Heimatrecht begründete Ehehindernis des Ehebandes ist in Deutschland kein trennendes Ehehindernis.

Praktisch wirkt sich das impedimentum ligaminis des Auslandsrechts in Deutschland als aufschiebendes Ehehindernis aus. Denn ein Ausländer darf nach § 4 Abs. 2 VO. zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlaßsachen v. 31. Mai 1934 (RGBl. I, 472) eine Ehe in Deutschland nur eingehen, wenn er ein Zeugnis der zuständigen inneren Behörde seines Heimatstaates darüber beibringt, daß ihr ein in den Gesetzen dieses Staates be-

gründetes Ehehindernis nicht bekannt ist. Dieses Ehefähigkeitszeugnis wird die Heimatbehörde dem nach deutschem Recht geschiedenen Manne nicht ausstellen, wenn sie das deutsche Urteil nicht anerkennt. Ob der Mann in Deutschland eine neue Ehe eingehen kann, hängt also davon ab, ob ihm die deutschen Behörden die nach § 4 Abs. 3 a. a. O. mögliche Befreiung von der Beibringung des Zeugnisses erteilen. Die Frage, ob in Fällen der hier besprochenen Art die Befreiung zu erteilen sei oder nicht, wird man weder allgemein bejahen, noch allgemein verneinen können. Die Befreiung ist reiner Gnadenakt; ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Befreiung besteht nicht, kann auch nicht daraus hergeleitet werden, daß die deutschen Gerichte eine durch das Heimatrecht des Mannes verbotene Ehescheidung ausgesprochen haben. Nach Nr. 4 Abs. 3 DurchfBest. zur VO. v. 31. Mai 1934 (RGBl. I, 738) soll die Befreiung grundsätzlich nur Staatenlosen sowie Angehörigen solcher Länder gewährt werden, deren innere Behörden Zeugnisse dieser Art nicht ausstellen (die hier vorwiegend in Betracht kommenden Länder Italien, Österreich und Polen stellen solche Zeugnisse aus), Angehörigen anderer Länder nur in besonderen Ausnahmefällen; bei der Entscheidung sind die gesamten Verhältnisse der Verlobten zu berücksichtigen. Für die Erfolgsaussichten des Befreiungsgesuchs eines nach deutschem Recht geschiedenen Ausländers wird es von erheblicher Bedeutung sein, ob eine Rückkehr des Gesuchstellers in sein Heimatland wahrscheinlich ist. Ist mit einer Rückkehr zu rechnen, so wird von der Befreiungsbefugnis kaum Gebrauch gemacht werden können. Im anderen Falle kann dem Gesuche eher entsprochen werden.

II.

Die Scheidung äußert weitere Wirkungen insbes. auf den Namen der Frau und die gegenseitigen Unterhaltsansprüche der Ehegatten. Es ist herrschende Auffassung in Deutschland, daß sich diese Nebenwirkungen der Scheidung nach dem gemäß Art. 17 EGBGB. maßgebenden Scheidungsstatut der Ehegatten, nicht etwa nach ihrem Personalstatut richten (Staudinger-Raape, Anm. J zu Art. 17 EGBGB. und das dort angeführte Schrifttum). Eine andere Auffassung vertritt vom Standpunkt des Internationalprivatrechts aus Zitelmann (Internat. Privatrecht, 1912, Bd. 2 S. 759): „Das Namensrecht der geschiedenen Frau ist an sich nach dem Gebietsstatut zu beurteilen, doch pflegt dieses auf die Rechtssätze des Personalstatuts zu verweisen. Die Unterhaltspflicht des einen geschiedenen Ehegatten gegen den anderen richtet sich nach dem Personalstatut dessen, der verpflichtet sein soll." Diese Auffassung hat in die Lehre vom deutschen internationalen Privatrecht keinen Eingang gefunden.

Vom Standpunkt der herrschenden Auffassung bereitet die Frage, welchen Familiennamen die Frau nach der Scheidung zu führen habe und wie sich die gegenseitigen Unterhaltsansprüche der geschiedenen Ehegatten gestalten, in aller Regel keine Schwierigkeit; denn Art. 17 EGBGB. kennt für beide Ehegatten nur ein Scheidungsstatut, regelmäßig das Personalstatut des Mannes zur Zeit der Erhebung der Scheidungsklage. Sobald das für die Scheidung maßgebende Recht festgestellt ist, steht auch fest, nach welchem Recht die Nebenwirkungen der Scheidung zu beurteilen sind. Zweifelhaft kann dagegen die Entscheidung sein, wenn für die Scheidungsklage der Frau kraft der Sondervorschrift des Art. 1 des Gesetzes über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung das deutsche Recht maßgebend ist. Denn in diesem Falle ist das Scheidungsstatut für die Ehegatten nicht mehr dasselbe; nur auf die Klage der Frau findet deutsches Recht Anwendung, auf die Scheidungsklage des Mannes muß dagegen das nach Art. 17 EGBGB. maßgebende Recht, das ausländische Heimatrecht des Mannes, angewandt werden. Es konkurriert also das deutsche Recht mit dem Recht eines anderen Staates.

Die Nebenfolgen der Scheidung sind in diesen Fällen nach deutschem Recht zu beurteilen. Das folgt nicht daraus, daß bei Konkurrenz des deutschen Rechts mit dem Recht eines anderen Staates das erstere immer den Vorzug habe. Entscheidend wird vielmehr der Umstand sein müssen, daß das Auslandsrecht die Trennung der Ehe dem Bande nach nicht gestattet, daß die Scheidung also immer nur auf Grund des deutschen Rechts ausgesprochen werden kann. Tatsächlich ist also Scheidungsstatut nur das deutsche Recht. Dieses entscheidet auch über die Nebenwirkungen der Scheidung.

Die Frau behält also auch nach der Scheidung den Familiennamen des Mannes (§ 1577 Abs. 1 BGB.). Sie kann aber auch ihren Geburtsnamen und grundsätzlich auch ihren früheren Ehenamen wieder annehmen (§ 1577 Abs. 2 BGB.). Der geschiedene Mann kann ihr, wenn sie allein für schuldig erklärt worden ist, die Führung seines Familiennamens untersagen (§ 1577 Abs. 3 BGB.); dieser Fall wird aber nur dann praktisch werden, wenn die Ehe schon im Heimatstaat des Mannes von Tisch und Bett getrennt, die Frau in dem Trennungsurteil als allein schuldig erklärt und auf ihre Klage demnächst in Deutschland das Trennungsurteil gemäß § 1576 BGB. in ein Scheidungsurteil des deutschen Rechts umgewandelt worden ist.

Für die gegenseitigen Unterhaltspflichten der geschiedenen Gatten sind die §§ 1578 ff. BGB. maßgebend. Der nach deutschem Recht bestehende Unterhaltsanspruch wird in der Regel dann nicht verwirklicht werden können, wenn der zum Unterhalt verpflichtete Teil im Ausland wohnt.

III.

Die güterrechtlichen Verhältnisse der geschiedenen Ehegatten richten sich nach dem Güterrechtsstatut, nicht nach dem Scheidungsstatut. Das ist allgemein anerkannt. Güterrechtsstatut ist nach Art. 15 EGBGB. das Personalstatut des Mannes zur Zeit der Eheschließung; das Personalstatut wiederum wird entsprechend dem grundsätzlichen Standpunkt des deutschen internationalen Privatrechts durch die Staatsangehörigkeit des Mannes bestimmt; das Güterrechtsstatut ist unwandelbar, wird also durch einen Staatenwechsel des Mannes nicht berührt. In den für die Anwendung des Art. 1 des Ges. v. 24. Jan. 1935 in Betracht kommenden Fällen ist Güterrechtsstatut also in aller Regel ein ausländisches Recht. Nach deutschem Recht würden die güterrechtlichen Verhältnisse nur zu beurteilen sein, wenn der Mann im Zeitpunkt der Heirat die deutsche Staatsangehörigkeit besessen und erst später eine fremde Staatsangehörigkeit erworben hätte. Zu prüfen bleibt aber immer, ob das maßgebende ausländische Recht etwa auf das deutsche Recht zurückverweist (Art. 27 EGBGB.). Unter Art. 1 des Gesetzes über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung fallen vor allem die Ehen von Italienern und katholischen Österreichern und Polen. Die Rechtsordnungen Italiens und Polens folgen gleich der deutschen dem Staatsangehörigkeitsprinzip, enthalten also keine nach Art. 27 EGBGB. beachtliche Rückverweisung. Ist der Ehemann dagegen österreichischer Staatsangehöriger, so muß nach der von Walker (Internat. Privatrecht, 5. Aufl., 1934, S. 768) mitgeteilten österreichischen Praxis angenommen werden, daß nach österreichischem Recht das eheliche Güterrecht sich nach dem zur Zeit der Eheschließung und am Wohnsitz der Ehegatten geltenden Recht bestimmt (a. A. Walker selbst a. a. O. S. 769). Haben die Ehegatten zur Zeit der Eheschließung ihren Wohnsitz in Deutschland, so finden also gemäß Art. 27 EGBGB. die deutschen Gesetze Anwendung.

Es kann davon ausgegangen werden, daß nach den Rechtsordnungen der in Betracht kommenden Staaten die rechtskräftige Scheidung der Ehe den Güterstand zum Erlöschen bringt. Die Verschiedenheiten der einzelnen Rechtsordnungen zeigen sich nur bei der Auseinandersetzung der Ehegatten. Diese Auseinandersetzungsfragen hat der deutsche Richter nach dem maßgebenden Auslandsrecht zu entscheiden; unerheblich ist es für ihn, ob das Auslandsrecht die Scheidung der Ehe anerkennt oder nicht, unerheblich, ob der ausländische Richter im Hinblick auf den Fortbestand der Ehe dem Auseinandersetzungsanspruch keine Folge geben würde.

Ob eine Vorschrift des Güterrechtsstatuts im Einzelfall noch zum Güterrecht oder nicht vielmehr zum Scheidungsrecht zu rechnen ist, kann manchmal zweifelhaft sein. Die Entscheidung ist von Bedeutung, da in den hier in Frage kommenden Fällen Güterrechts- und Scheidungsstatut regelmäßig auseinanderfallen. Sie wird nicht allein darauf abgestellt werden können, ob eine Frage im ehelichen Güterrecht oder im Scheidungsrecht geordnet ist. Es wird mehr auf den materiellen Inhalt der Vorschrift ankommen. Enthält sie eine Scheidungsstrafe oder Bestimmungen über die Entschädigung des unschuldig geschiedenen Gatten, so ist sie sachlich jedenfalls dem Scheidungsrecht zuzurechnen.

IV.

Die erbrechtlichen Beziehungen der geschiedenen Ehegatten werden durch das Erbrechtsstatut bestimmt. Stirbt die Frau, so wird sie nach den deutschen Gesetzen beerbt, da sie deutsche Staatsangehörige war. Der geschiedene Ehemann wird nicht Erbe, da nach deutschem Recht geschiedene Ehegatten kein gesetzliches Erbrecht haben. Eine letztwillige Verfügung, durch die die Frau ihren Ehemann bedacht hat, wird grundsätzlich mit der Scheidung unwirksam (§ 2077 BGB.), ebenso ein gemeinschaftliches Testament (§ 2268 BGB.) und ein Erbvertrag (§ 2279 BGB.). Ist der ausländische Mann gestorben, so ist gemäß Art. 25 EGBGB. sein Heimatrecht maßgebend. Man wird davon ausgehen dürfen, daß auch dieses dem geschiedenen Ehegatten kein Erbrecht zubilligt. Daß im Einzelfall ein Erbanspruch der nach deutschem Recht geschiedenen Frau vor den Gerichten des Heimatstaates des Mannes vielleicht mit Erfolg geltend gemacht werden kann, weil der ausländische Richter die Ehe als fortbestehend ansieht, ist für den deutschen Richter wiederum ohne Belang, weil die Ehe für das deutsche Rechtsgebiet gelöst ist. Vor den deutschen Gerichten kann die Frau Erbansprüche nicht verfolgen. Im übrigen wird der Geltendmachung solcher Ansprüche im Heimatstaat des Mannes in der Regel wohl die exceptio doli entgegengehalten werden.

Für die Frage, ob und in welchem Umfange ausländische Urteile, in denen über Erbansprüche der geschiedenen Ehegatten erkannt ist, in Deutschland anzuerkennen sind, sind die allgemeinen Bestimmungen (§ 328 ZPO.) und etwaige in Frage kommende Staatsverträge zu beachten.

V.

Einer besonderen Betrachtung bedarf schließlich noch das Rechtsverhältnis der geschiedenen Ehegatten zu ihren gemeinschaftlichen Kindern.

Nach Art. 19 S. 1 EGBGB. wird das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Vater und, falls der Vater gestorben ist, die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt. In Rechtsprechung und Rechtslehre wird allgemein angenommen, daß Art. 19 S. 1 EGBGB. entsprechend anzuwenden ist, wenn der Vater eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt. Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und ihren gemeinschaftlichen Kindern richtet sich also auch dann nach österreichischem oder polnischem Recht, wenn nur der Vater Österreicher oder Pole, die Mutter aber Deutsche ist. Die Staatsangehörigkeit der Mutter bestimmt das Gewaltstatut erst dann, wenn der Vater gestorben ist. War bisher österreichisches oder polnisches Recht, so ist künftig deutsches Recht anzuwenden.

Art. 19 EGBGB. gilt auch, wenn die Eltern des Kindes geschieden sind. Das ist heute wohl unbestritten. Auch wenn die Ehe nach Frauenrecht geschieden ist, bestimmt sich das Rechtsverhältnis sowohl des Vaters wie der Mutter zu dem Kinde nicht nach deutschem Recht, sondern nach dem ausländischen Heimatrecht des Vaters.

Zweifel bestehen in der deutschen Rechtslehre darüber, ob nicht dem Scheidungsstatut neben dem Gewaltstatut eine gewisse Bedeutung zukommt, insbes. ob die Anwendbarkeit der §§ 1635, 1636 BGB. nach dem Scheidungsstatut des Art. 17 EGBGB. (oder des Art. 1 des Ges. v. 24. Jan. 1935) oder nach dem Gewaltstatut des Art. 19 EGBGB. zu beurteilen ist. Teils unterstellt man diese Vorschriften dem Scheidungsstatut (vgl. z. B. Habicht, Internat. Privatrecht 1907, Anm. 3 zu Art. 19 EGBGB.; Niedner, EinfG. 1901, Anm. 4d zu Art. 17 EGBGB.), teils dem Gewaltstatut (vgl. z. B. Planck, EinfG. 1905, Anm. 2b zu Art. 17 und Anm. 4 zu Art. 19 EGBGB.; Staudinger-Raape, Anm. C II zu Art. 19 EGBGB.). Das letztere ist richtig; denn auch die Gestaltung der elterlichen Rechte gemäß §§ 1635, 1636 BGB. betrifft das Kind und sein Verhältnis zu den Eltern. Daraus folgt, daß in den hier in Betracht kommenden Fällen sich an die Scheidung nicht die Rechtsfolgen des deutschen § 1635 BGB. knüpfen. Nur das kann sich fragen, ob die Bestimmung des § 1635 BGB. zum ordre public zu rechnen ist, so daß entgegenstehendes Auslandsrecht nicht beachtet werden könnte. Dies wird angenommen in einer häufig bekämpften Entscheidung des RG. v. 20. Febr. 1913 (RG. 81, 373 = JW. 1913, 545). Heute kann man der Auffassung des RG. um so weniger beitreten, als die Notwendigkeit einer Änderung des § 1635 BGB. ziemlich allgemein anerkannt ist. Zum ordre public kann höchstens die Bestimmung in § 1635 Abs. 1 S. 2 BGB. gezählt werden.

Zur Regelung des Rechtsverhältnisses des Kindes zu seinen geschiedenen Eltern ist das deutsche Vormundschaftsgericht zuständig, wenn das Kind in Deutschland seinen Wohnsitz hat (vgl. auch § 36 RFGG.). Selbstverständlich ist, wie eben dargelegt, dieser Regelung das ausländische materielle Recht zugrunde zu legen. Daß Art. 23 EGBGB. dem Tätigwerden des deutschen Vormundschaftsrichters nicht entgegensteht, ist heute allgemein anerkannt (vgl. Staudinger-Raape, Anm. C II 2b zu Art. 19 EGBGB.).

Das deutsche Vormundschaftsgericht kann dem ausländischen Vater die elterliche Gewalt ganz oder teilweise entziehen, wenn er sie mißbraucht und dadurch das Kind erheblich gefährdet oder schädigt. Falls das Heimatrecht des Vaters die Entziehung unter diesen Voraussetzungen gestattet (was anzunehmen ist), stützt sich die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts auf die entsprechende Vorschrift des ausländischen Rechts. Würde das ausländische Recht die Maßnahme unter allen Umständen verbieten, so müßte § 1666 BGB. Platz greifen; § 1666 BGB. rechnet zum ordre public. Wird dem Vater die elterliche Gewalt entzogen, so muß, falls die elterliche Gewalt nach dem Heimatrecht des Vaters nicht auf die Mutter übergeht, ein Vertreter bestellt werden. In diesem Falle ist Art. 23 EGBGB. zu beachten.

Der Vorrang gebührt also immer dem ausländischen Recht. Das ist verständlich, wenn man bedenkt, daß Vater und Kind ausländische Staatsangehörige sind. Der deutsche Richter darf von dem ausländischen Recht immer nur dann abweichen, wenn es das Wohl des Kindes dringend erfordert. Da der deutsche Richter in diesen Fällen eingreifen darf und muß, ist die gesetzliche Regelung auch für die Mutter erträglich.

Um die vorstehenden Ausführungen nicht mit zu vielen Einzelheiten zu belasten, sind die zwischen dem Deutschen Reich und den hier in Betracht kommenden ausländischen Staaten abgeschlossenen Staatsverträge in der Darstellung unberücksichtigt geblieben. Wer als Richter oder Anwalt mit Fragen nach der Wirkung einer Scheidung nach Frauenrecht befaßt ist, wird zunächst immer zu ermitteln haben, ob solche Staatsverträge über das zu beurteilende Rechtsverhältnis bestehen, da sie den allgemeinen Bestimmungen des deutschen Rechts vorgehen.

Wie gestaltet sich die Anwendung des § 91 ZwVerstG., wenn das Bestehenbleiben einer Gesamthypothek vereinbart wird?

Von MinDir. Dr. Volkmar, Berlin

I. Werden zwei mit einer Gesamthypothek belastete Grundstücke in einem Verfahren versteigert und einem Ersteher zugeschlagen, so würde, wenn die Gesamthypothek nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehen bleibt, also gemäß § 91 Abs. 1 ZwVerstG. durch den Zuschlag erlischt, nach dem allgemein gehaltenen Wortlaut des § 91 Abs. 2 auch ihr gegenüber die Möglichkeit gegeben sein, daß zwischen dem Gläubiger und dem Ersteher ihr Bestehenbleiben vereinbart wird. Bedenken dagegen könnten indessen aus zwei Gründen hergeleitet werden:

1. Der erste Grund ergibt sich aus § 122 ZwVerstG., der bei der gleichzeitigen Versteigerung mehrerer mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke vorsieht, daß, soweit nicht der Gläubiger gemäß § 1132 BGB. eine abweichende Verteilung vornimmt, in den Teilungsplan bei jedem einzelnen Grundstücke nur ein nach dem Verhältnisse der Erlöse zu bestimmender Betrag aufzunehmen, mit anderen Worten also, die Gesamthypothek unter die gemeinsam versteigerten Grundstücke angemessen zu verteilen ist. Hieraus könnte aber ein zwingender Grund dagegen, daß das Bestehenbleiben der Gesamthypothek als solcher, also in voller Höhe auf beiden gemeinsam versteigerten Grundstücken vereinbart wird, nur hergeleitet werden, wenn § 91 ZwVerstG. erkennen ließe, daß der Ersteher mit dem Realgläubiger das Bestehenbleiben des diesem zustehenden Rechts nur insoweit vereinbaren kann, als der Gläubiger nach dem Teilungsplan zur Hebung kommen würde. Eine solche Beschränkung der in § 91 Abs. 2 ZwVerstG. den Beteiligten gewährten Befugnis kann jedoch weder nach dem Wortlaut noch nach Sinn und Zusammenhang des § 91 als vom Gesetze gewollt angesehen werden. Man kann auch nicht etwa eine abweichende Auslegung auf § 91 Abs. 3 stützen, der vorschreibt: „Im Falle des Abs. 2 vermindert sich der durch Zahlung zu berichtigende Teil des Meistgebots um den Betrag, welcher sonst dem Berechtigten gebühren würde." Im Gegenteil hätte zu dieser Fassung des Abs. 3 keine Veranlassung vorgelegen, wenn das Gesetz davon ausgegangen wäre, daß nur wegen des durch den Versteigerungserlös gedeckten Teils einer Last das Bestehenbleiben vereinbart werden könnte; dann hätte es nämlich näher gelegen, eine entsprechende Einschränkung in den Abs. 2 aufzunehmen. Es kommt hinzu, daß die Vereinbarung des Bestehenbleibens einer Last nicht nur bei Hypotheken und anderen auf Geldzahlung gerichteten Rechten, sondern auch für Grunddienstbarkeiten in Betracht kommt, für die, wenn der gemäß § 92 ZwVerstG. als Ersatz angesetzte Wert nur teilweise zur Hebung kommt, die Vereinbarung eines teilweisen Bestehenbleibens ausgeschlossen wäre. Die Ansicht, daß die Vereinbarung des Bestehenbleibens einer durch den Zuschlag erlöschenden Last auch zulässig ist, soweit diese Last nicht durch den Versteigerungserlös gedeckt ist, ist auch die herrschende, die vor allem von sämtlichen bedeutenderen Kommentaren einschließlich der neusten Auflage von Korintenberg-Wenz und von der Rechtsprechung der OLG. geteilt wird (vgl. die Nachweisungen bei Jäckel-Güthe, Anm. 9 zu § 91).

Hängt aber die Vereinbarung des Bestehenbleibens einer Hypothek nicht davon ab, in welchem Umfange die Hypothek durch den Versteigerungserlös gedeckt wird, so kann es auch für die Vereinbarung des Bestehenbleibens einer Gesamthypothek auf zwei gleichzeitig versteigerten Grundstücken nicht von Erheblichkeit sein, daß diese Hypothek aus dem Versteigerungserlös jedes der beiden Grundstücke gemäß § 122 ZwVerstG. nur zu einem Teilbetrag zur Hebung kommen würde.

Im Zusammenhang hiermit ist noch besonders zu beachten, daß die in § 122 ZwVerstG. angeordnete Verteilung der Gesamthypothek auf die mit ihr belasteten, gemeinsam versteigerten Grundstücke, sich nach dem ZwVerstG. nur dann voll auswirkt, wenn der Ersteher den Versteigerungserlös restlos zahlt. Denn § 122 Abs. 2 bestimmt: „Unterbleibt die Zahlung eines auf den Anspruch des Beteiligten zugeteilten Betrages, so ist der Anspruch bei jedem Grundstück in Höhe dieses Betrags in den Plan aufzunehmen." Angenommen: zwei gleichwertige Grundstücke, die mit 10 000 *RM* Gesamthypothek belastet sind, seien in einem Verfahren versteigert worden, und auf die Gesamthypothek seien bei jedem Grundstück nach § 122 Abs. 1 5000 *RM* in den Teilungsplan aufgenommen. Werden jetzt im Verteilungstermin die 5000 *RM* bei beiden Grundstücken nicht gezahlt, so ist bei jedem Grundstück der bei dem anderen nicht gezahlte Betrag mit in den Teilungsplan aufzunehmen. Es wird deshalb gemäß § 118 i. Verb. m. § 123 ZPO. bei jedem Grundstück auf den Gesamtgläubiger eine Forderung gegen den Ersteher von voll 10 000 *RM* übertragen und eine entsprechende Sicherungshypothek auf jedem Grundstück eingetragen. Diese beiden Sicherungshypotheken sind zwar rechtlich nicht eine Gesamthypothek, stehen aber in der Wirkung einer solchen gleich (vgl. Jäckel-Güthe, Anm. 7 zu § 122). Diese Regelung, die für den Fall der Nichtzahlung der auf die Gesamthypothek nach § 122 entfallenden Erlösteile vom Gesetz selbst gewollt ist, zeigt deutlich, daß es seinem Grundgedanken nicht widersprechen kann, wenn bei der Vereinbarung des Bestehenbleibens der auf zwei gemeinsam versteigerten Grundstücken lastenden Gesamthypothek diese nicht i. S. von § 122 Abs. 1 verteilt, sondern als Gesamthypothek aufrechterhalten wird.

2. Ein weiteres Bedenken könnte noch aus § 91 Abs. 3 Satz 2 hergeleitet werden, der besagt: „Im übrigen wirkt die Vereinbarung wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstück." Diese Vorschrift hätte, wenn nur eines der beiden mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke versteigert werden und bei ihm das Bestehenbleiben des vollen Betrags der Gesamthypothek vereinbart worden wäre, allerdings zur Folge, daß gemäß § 1181 BGB. die Hypothek auf dem mithaftenden nicht mitversteigerten Grundstück erlischt. Dasselbe müßte auch eintreten, wenn bei gemeinsamer Versteigerung der beiden mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke ihr Bestehenbleiben nur hinsichtlich des einen Grundstücks vereinbart würde. Wird aber die Vereinbarung des Bestehenbleibens einheitlich für beide Grundstücke getroffen, so gilt der Gläubiger bei Anwendung des § 91 Abs. 3 nicht aus einem der Grundstücke, sondern aus beiden als befriedigt, die Anwendung des § 1181 Abs. 2 BGB. kommt also nicht in Frage. Denn die Befriedigungswirkung tritt ja nicht hinsichtlich der Belastung selbst ein, deren Bestehenbleiben ja gerade vereinbart ist oder, anders ausgedrückt, sie berührt nicht die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gläubiger und Ersteher, sondern nur die zwischen dem Gläubiger und den dinglich oder persönlich mithaftenden dritten Personen. Dieser Sinn des § 91 Abs. 2 Satz 2 ergibt sich deutlich aus den Motiven des Gesetzes, die folgendes sagen: „Die Tragweite des Vertrages (d. h. der Vereinbarung des Bestehenbleibens eines durch den Zuschlag erlöschenden Rechts) beschränkt sich nicht auf das versteigerte Grundstück und das Verhältnis der Vertragschließenden untereinander. Das Gesetz muß damit rechnen, daß regelmäßig ein persönlicher Schuldner, mitunter auch noch ein Mitverpflichteter, vorhanden sein wird, daß ein Dritter für den Fall der Zahlung aus dem Grundstücke dem bisherigen Eigentümer desselben regreßpflichtig sein und daß für den Anspruch des Berechtigten noch andere Grundstücke haften können. Wird dieser Anspruch durch Zahlung aus dem Versteigerungserlöse befriedigt, so ist die Folge die, daß die vorhandene persönliche Verbindlichkeit wegfällt, die Regreßpflicht begründet wird

und das Recht an den mithaftenden Grundstücken erlischt. Muß nun auch dem Ersteher und dem Berechtigten gestattet werden, die Zahlung dadurch zu umgehen, daß sie das Erlöschen des Rechts ausschließen, so darf doch das Gesetz eine solche Vereinbarung nur unbeschadet jener berechtigten Interessen zulassen. Es müssen also die Wirkungen, welche die Zahlung gehabt haben würde, auf den Vertrag, durch welchen das Erlöschen des Rechts verhindert wird, übertragen werden. Dies wird nach dem Vorgange von Preußen passend dahin ausgedrückt, daß die Vereinbarung wie eine im Wege der Zwangsversteigerung aus dem Grundstücke gewährte Befriedigung wirkt."

3. Zu beachten ist bei alledem noch, daß, wenn die Gesamthypothek als Hypothek bestehen bleiben und nicht in eine Grundschuld verwandelt werden soll, der Ersteher bei der Vereinbarung ihres Bestehenbleibens auch die persönliche Schuld mit übernehmen muß. Näheres hierüber bei Jäckel-Güthe, Anm. 8 zu § 91 S. 423 unten.

II. Bei den vorstehenden Erörterungen ist davon ausgegangen, daß die beiden in einem Verfahren versteigerten Grundstücke demselben Ersteher zugeschlagen sind. Entsprechendes muß aber auch gelten, wenn zwei verschiedene Personen die Grundstucke ersteigert haben, aber die Vereinbarung des Bestehenbleibens der Gesamthypothek in der durch § 91 Abs. 2 vorgesehenen Form (vgl. dazu Jäckel-Güthe, Anm. 7 zu § 91) gemeinschaftlich mit beiden Erstehern getroffen wird. Denn auch in diesem Falle greift § 1181 Abs. 2 BGB. nicht ein, da der Gläubiger nicht aus einem der beiden Grundstücke allein, sondern aus beiden als befriedigt gelten muß.

III. Völlig verschieden hiervon ist die Frage, ob, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des § 91 Abs. 3 Satz 2 ZwVerstG. i. Verb. m. § 1181 Abs. 2 BGB. gegeben sind, wenn also nur eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke versteigert und nur bei ihm die Vereinbarung des Bestehenbleibens getroffen wurde, die Anwendung des § 1181 Abs. 2 BGB. durch Vereinbarung des Gläubigers mit dem Eigentümer des nicht versteigerten Grundstücks ausgeschlossen werden kann.

In der Rechtsprechung ist diese Frage anscheinend noch nicht behandelt. Im Schrifttum erörtern sie lediglich Reinhard-Müller, aber nicht in ihrem großen Kommentar, sondern in der kleinen Ausgabe Anm. 9 zu § 92 ZwVerstG. Sie bejahen die Frage, nehmen also an, daß „die Gesamthypothek am mithaftenden Grundstück nicht erlischt, wenn der Eigentümer des mithaftenden Grundstücks vorher in die Vereinbarung einwilligt". Dabei übertragen Reinhard-Müller auf diesen Fall einfach die Grundsätze, die das RG. 70, 411 für den Fall aufgestellt hat, daß für eine Hypothekenschuld, deren Bestehenbleiben vereinbart wird, noch ein Bürge haftet. Bei der Beurteilung dieses Falles muß man sich noch einmal vergegenwärtigen, was bereits oben unter Abschn. I Nr. 3 erwähnt wurde, daß nämlich das Fortbestehen der persönlichen Verpflichtung aus der Hypothek neben der Vereinbarung des Bestehenbleibens der Hypothek die Übernahme der persönlichen Verbindlichkeit durch den Ersteher voraussetzt. Mit Rücksicht hierauf wendet das RG. in dem von ihm behandelten Fall, daß die Forderung aus der Hypothek, deren Bestehenbleiben vereinbart ist, noch durch eine Bürgschaft gesichert war, § 418 BGB. an und kommt zu dem Ergebnis, daß das infolge der Schuldübernahme grundsätzlich eintretende Erlöschen der Bürgschaftsverpflichtung unterbleibe, wenn der Bürge in die Schuldübernahme einwillige. Da § 418 nicht nur von durch Bürgschaft gesicherten Forderungen spricht, sondern ihnen die durch Hypothek gesicherten gleichbehandelt, so liegt es allerdings nahe, die Grundsätze der Entscheidung RG. 70, 419 auch auf die Fälle anzuwenden, in denen für eine Hypothekenschuld, deren Bestehenbleiben in der Zwangsversteigerung vereinbart wird, noch ein anderes an der Versteigerung nicht beteiligtes Grundstück mithaftet.

Nun besteht aber gegen die Entscheidung des RG. auch für den von ihm behandelten Fall des Bürgen, der für die vom Ersteher übernommene Hypothekenschuld mithaftet, das folgende Bedenken: § 418 BGB. betrifft nur den in ihm selbst behandelten, allein auf die Tatsache der Schuldübernahme gegründeten Fall des Erlöschens einer Bürgschaftsverpflichtung oder Hypothekenhaftung, während im Falle der Vereinbarung des Bestehenbleibens einer Hypothek nebst persönlicher Schuldübernahme durch den Ersteher für das Erlöschen der daneben bestehenden Bürgschafts- oder anderweitigen Hypothekenhaftung außer § 418 BGB. noch der § 91 Abs. 3 Satz 2 ZwVerstG. (für den Fall der Gesamthypothek i. Verb. m. § 1181 Abs. 2 BGB.) in Betracht kommt, der eine Ausnahme i. S. des § 418 Abs. 1 Satz 2 nicht vorsieht. Diesen Bedenken sucht das RG. dadurch zu begegnen, daß es ausführt: „Wenn die Wirkung eines Erlöschens oder Bestehenbleibens von Bürgschaften und Pfandrechten nicht lediglich auf den Grund der nach § 91 Abs. 2 ZwVerstG. getroffenen Vereinbarung zurückzuführen ist, sondern hierfür die in jener Vereinbarung liegende oder neben ihr besonders verabredete Schuldübernahme in Betracht kommt, dann muß auch die Bestimmung in § 418 Abs. 2 Satz 3 eingreifen." Diese Beweisführung könnte aber nur dann überzeugen, wenn nicht schon die Bestimmung des § 91 Abs. 3 Satz 2 ZwVerstG. für sich allein das Erlöschen der Bürgschafts- oder Pfandhaftung herbeiführte, sondern erst die Heranziehung des § 418 BGB. die Feststellung des Erlöschens der Bürgschafts- oder Pfandhaftung rechtfertigen kann. Denn es ist nicht abzusehen, warum die Wirkung einer das Erlöschen einer Verpflichtung schlechthin und ausnahmslos anordnenden Vorschrift dadurch herabgemindert werden soll, daß sich das Erlöschen der Verpflichtung noch unter einem besonderen rechtlichen Gesichtspunkt aus einer anderen, die Möglichkeit einer Ausnahme enthaltenden gesetzlichen Vorschrift herleiten läßt. Die Ausnahme des § 418 BGB. kann daher nicht ohne weiteres auf einen Fall angewendet werden, in dem sich das Erlöschen der Bürgschafts- oder Pfandhaftung auch ohne Heranziehung von § 418 BGB. unmittelbar aus § 91 Abs. 3 Satz 2 herleiten läßt. Das ist, wenn das Bestehenbleiben einer Hypothek vereinbart ist und für die durch sie gesicherte Schuld noch ein Bürge haftet, ohne weiteres der Fall. Aber auch wenn es sich um eine Gesamthypothek handelt, also für die Schuld, zu deren Sicherung die vom Ersteher gemäß § 91 ZwVerstG. übernommene Hypothek eingetragen war, noch ein anderes Grundstück gesamthypothekarisch haftet, folgt das Erlöschen dieser anderen Belastung nicht aus der Heranziehung von § 418 BGB., sondern allein schon aus § 91 Abs. 3 Satz 2 ZwVerstG. i. Verb. m. § 1181 Abs. 2 BGB.

Nach alledem kann man die Frage, ob die Befriedigungswirkung, die das Vereinbaren des Bestehenbleibens einer Grundstückslast für mithaftende Dritte zur Folge hat, abbedungen werden kann, nicht sowohl aus § 418 BGB. als vielmehr aus allgemeinen Grundsätzen beantworten. Unter diesem Gesichtspunkt dürfte obenan die Erwägung stehen müssen, daß das Zwangsversteigerungsverfahren dem öffentlichen Recht angehört und deshalb die in ihm getroffenen Regelungen, soweit sie nicht selbst, wie z. B. in §§ 91 Abs. 2, 84 Abs. 1 ZwVerstG. u. a. Ausnahmen vorsehen, zwingenden Rechtes sind. Das gleiche muß auch von § 1181 Abs. 2 BGB. gelten, der dem Immobiliarsachenrecht angehört, das im Gegensatz zum Vertragsrecht die Wirkungen der dinglichen Rechte zwingend und erschöpfend regelt. Das Ergebnis kann danach nur sein, wird eine Hypothek in der Zwangsversteigerung vom Ersteher unter Vereinbarung ihres Bestehenbleibens übernommen, so kann die Befriedigungswirkung, die dieser Vorgang nach § 91 Abs. 3 Satz 2 ZwVerstG. zugunsten persönlich oder dinglich mithaftender Dritter hat, nicht schon dadurch ausgeräumt werden, daß der Dritte der Übernahme der persönlichen Verpflichtung durch den Ersteher zustimmt, es muß vielmehr die Haftung neu begründet werden, wozu, soweit eine Bürgschaftsverpflichtung in Frage steht, die Schriftform erforderlich ist. Haftete für das versteigerte Grundstück noch ein zweites Grundstück gesamthypothekarisch, so kann, wenn dieses Grundstück dadurch frei wird, daß das Bestehenbleiben der Gesamthypothek auf dem versteigerten Grundstück gemäß § 91 vereinbart wird, die weitere Mithaftung des befreiten Grundstücks nur dadurch erreicht werden, daß es von neuem formgerecht belastet wird, wobei natürlich die neue Belastung ihren Rang hinter etwaigen in der Zwischenzeit

eingetragenen anderweitigen Belastungen erhalten muß. Gerade in diesem Ergebnis zeigt sich die praktische Bedeutung und zugleich die innere Berechtigung der hier vertretenen Auffassung: Wenn eine Gesamthypothek außer auf dem versteigerten Grundstück noch auf einem von dem Verfahren unberührt gebliebenen lastet, so ist die bei der Vereinbarung ihres Bestehenbleibens gemäß § 91 ZwVerstG. eintretende Befriedigungswirkung gerade hier nicht nur zugunsten des Eigentümers des mithaftenden Grundstücks, sondern ebenso zugunsten der dieser Gesamthypothek nachstehenden dinglichen Berechtigten eingeführt; denn bei einer Gesamthypothek hat die Befriedigung des Gläubigers aus einem der gemeinsam haftenden Grundstücke nicht zur Folge, daß sich die Gesamthypothek auf dem mithaftenden Grundstück in eine Grundschuld verwandelt, sondern sie erlischt, von dem in diesem Zusammenhang nicht interessierenden Ausnahmefall des § 1182 BGB. abgesehen, schlechthin, derart, daß die nachfolgenden Berechtigten heraufrücken. Dies ist eine Chance, mit der jeder, der ein mit einer Gesamthypothek belastetes Grundstück weiter beleiht, von vornherein rechnen kann. Wollte man also zulassen, daß die bei der Vereinbarung des Bestehenbleibens der Gesamthypothek eintretende Befreiung des nicht mitversteigerten mithaftenden Grundstücks durch bloße formlose Einigung mit dem Eigentümer dieses Grundstücks ausgeschlossen werden kann, so würden die nachstehenden dinglich Berechtigten um die aus § 91 Abs. 3 Satz 2 ZwVerstG. i. Verb. m. § 1181 Abs. 2 BGB. sich ergebenden Rechtsvorteile gebracht. Schon aus dieser Erwägung muß man gerade dort, wo es sich um eine Gesamthypothek handelt, zu dem Ergebnis kommen, daß die Wirkung des § 91 Abs. 3 Satz 2 i. Verb. m. § 1181 Abs. 2 BGB. nicht abdingbar ist, sondern es, um die Weiterhaftung des befreiten Grundstücks für die Gesamthypothek zu erreichen, einer neuen, den Zwischenrechten nachstehenden Belastung bedarf. Zu einem anderen Ergebnis kann man auch nicht auf Grund des § 879 Abs. 2 BGB. gelangen. Danach kann zwar, wenn eine Belastung eingetragen ist, ohne daß die erforderliche Einigung vorlag, letztere nachgeholt werden mit der Wirkung, daß für den Rang des Rechts der Zeitpunkt der Eintragung maßgebend ist. Diese Vorschrift kann aber nur da Anwendung finden, wo die Eintragung und Einigung wirklich dasselbe Recht betreffen. Das wäre hier aber nur scheinbar der Fall, denn die gemäß § 91 Abs. 3 Satz 2 auf dem mithaftenden Grundstück erloschene Gesamthypothek hat zwar denselben Umfang und Inhalt wie die zur Erzielung der Weiterhaftung des Grundstücks erforderliche Neubelastung, trotzdem ist aber das alte erloschene Recht nicht mit dieser Neubelastung identisch, die alte Eintragung kann deshalb nicht durch bloße Einigung mit altem Rang wiederhergestellt werden.

IV. Zur Vervollständigung dieser Darstellung sei noch betont, daß im Gegensatz zu dem unter III behandelten Falle in dem zuerst unter I und II erörterten Falle, in dem bei der gemeinsamen Versteigerung von zwei mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücken mit dem oder den Erstehern das Fortbestehen der Hypothek auf beiden vereinbart wird, die Rechte der nachstehenden Berechtigten durch eine solche Vereinbarung in keiner Weise betroffen werden, so daß schon aus diesem Grunde irgendeine Notwendigkeit ihrer Zustimmung nicht in Betracht kommen kann. Angenommen die Gesamthypothek auf den Grundstücken A und B betrüge 10000 *RM*, sie steht an zweiter Stelle, der erste Gläubiger hat die Versteigerung betrieben. Die Gesamthypothek ist auf jedem Grundstück im Teilungsplan gemäß § 122 ZwVerstG. mit 5000 *RM* berücksichtigt. Nun sind zwei Fälle möglich. a) Der Versteigerungserlös reicht bei jedem Grundstück nur zu, um die für die Gesamthypothek eingesetzten 5000 *RM* ganz oder teilweise zu decken. Hier bekommen die nachstehenden Berechtigten auch im Falle der Barzahlung des ganzen Versteigerungserlöses nichts, es ist also nicht abzusehen, wie sie dadurch geschädigt werden können, daß Bestehenbleiben der an sich durch Barzahlung zu deckenden Last vereinbart ist. b) Der Versteigerungserlös reicht so weit, daß im Falle seiner Barauszahlung bei einem oder beiden Grundstücken, außer den auf die Gesamthypothek eingesetzten 5000 *RM* auch noch Ansprüche nachstehender Gläubiger gedeckt werden können. Auch hier werden die nachstehenden Gläubiger nicht geschädigt, denn nach § 91 Abs. 3 Satz 1 darf sich der Ersteher infolge des vereinbarten Bestehenbleibens von der von ihm im Verteilungstermin zu zahlenden Summe nicht etwa bei jedem Grundstück den vollen Betrag der Gesamthypothek abrechnen, sondern der durch Zahlung zu berichtigende Teil des Meistgebots mindert sich nur um den Betrag, welcher sonst dem Berechtigten (also dem Gläubiger der Gesamthypothek) gebühren würde, das wären im angenommenen Beispiel nur bei jedem Grundstück die 5000 *RM*, die bei voller Barzahlung der Hypothekengläubiger erhalten würde. Die nachstehenden Berechtigten bekommen also trotz Vereinbarung des Bestehenbleibens der Gesamthypothek aus dem Versteigerungserlös genau soviel, wie sie bei voller Barzahlung des Erstehers erhalten würden.

Die neuen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden im Reich und gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts in Preußen

Von Landgerichtsrat Dr. Rudolf Pohle, Berlin

Das Rechtsgebiet der Zwangsvollstreckung gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts ist bisher stets vom Gesetzgeber recht stiefmütterlich behandelt worden. Bei Erlaß der Reichsjustizgesetze in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts traf man für die Zwangsvollstreckung gegen ausländische Staaten und gegen das Reich sowie die der Reichsaufsicht unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts keine besondere Regelung. Dabei ist es bis in die jüngste Zeit geblieben. Das damalige Reich in seinem bundesstaatlichen Charakter glaubte aber, auch die Zwangsvollstreckung gegen die der Landesaufsicht unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht selbst regeln zu dürfen, da dabei wesentlich die Hoheitsrechte der Länder berührt worden wären. Es behielt deshalb den Ländern das Recht vor, nach Maßgabe des § 15 Nr. 3 EGZPO. (geändert durch Art. II des Ges. v. 17. Mai 1898 [RGBl. 332]) für die Einzelvollstreckung — soweit es sich nicht um die Verfolgung dinglicher Rechte handelt —, und gem. Art. IV des Ges. v. 17. Mai 1898 (RGBl. 248) für das Konkursverfahren Sondervorschriften zu erlassen. Die verschiedene Ausnutzung dieses Vorbehalts in den einzelnen Ländern ergab einen außerordentlich unübersichtlichen Rechtszustand. Vielfach galten auch in den einzelnen Teilen eines Landes wiederum verschiedene, zum Teil überalterte Vorschriften. Eine eingehende Darstellung des Rechtszustandes bieten Forsthoff-Simons, Die Zwangsvollstreckung gegen Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts, Berlin 1931. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers von Neuerungen auf diesem Gebiet erklärt sich ohne weiteres daraus, daß ein praktisches Bedürfnis nach einer Regelung kaum in Erscheinung trat. Dies wurde unter dem Einfluß der politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Nachkriegszeit plötzlich anders. Bei den Gemeinden stellten sich auf einmal wirtschaftliche Schwierigkeiten in erheblichem Umfang ein, teils als Auswirkungen der allgemeinen Wirtschaftskrise, teils als Folge schlechter gemeindlicher Wirtschaftsführung, insbes. gewagter wirtschaftlicher Betätigung. Der Reichspräsident ermächtigte daraufhin in der VO. zur Sicherung der Haushalte von Ländern und

Gemeinden v. 24. Aug. 1931, der sog. Dietramszeller NotVO. (RGBl. 1931, I, 453), die Landesregierungen, alle Maßnahmen, die zum Ausgleich der Haushalte von Ländern und Gemeinden (Gemeindeverbänden) erforderlich waren, im Verordnungswege herbeizuführen, und hierbei von bestehendem Landesrecht abzuweichen. Von dieser Ermächtigung haben die Länder weitgehend auch dahin Gebrauch gemacht, daß sie die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden und Gemeindeverbände neu regelten, z. B. Preußen durch die VO. zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 3. Sept. 1932 (GS. 283), §§ 30, 43 bis 47, und die dazu ergangene VerteilungsVO. v. 30. März 1933 (GS. 101). Diese Vorschriften konnten aber — abgesehen von der für den Staat getroffenen Regelung — bei dem beschränkten Umfang der Ermächtigung nur zur Vereinheitlichung des Rechtszustandes für Gemeinden und Gemeindeverbände benutzt werden. Dies war die Rechtslage, die die Regierung beim Umschwung vorfand, und nur sie und ihr Werden kann die beiden kürzlich auf diesem Gebiet getroffenen gesetzgeberischen Maßnahmen erklären: Das am 19. Dez. 1934 in Kraft getretene preußische Gesetz über die Zwangsvollstreckung gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts vom 11. Dez. 1934 (GS. 457) und die einschlägigen Vorschriften der am 1. April 1935 in Kraft tretenden Deutschen Gemeindeordnung v. 30. Jan. 1935 (RGBl. I, 49).

Die Neugestaltung der Rechtsordnung wird auch hier zu einer weiteren Vereinheitlichung und Vereinfachung führen. Dies zu vollenden, ist allerdings Sache des Reichsgesetzgebers, und zweckmäßig wird er diese Regelung erst treffen, wenn der verwaltungsmäßige Neuaufbau des Reiches endgültig feststeht. So kann das preußische Gesetz nur auf eine beschränkte Geltungsdauer rechnen. Sein äußerer Anlaß war einmal die Durchführung des Führergrundsatzes in der preußischen Gemeindeverfassung. Während die VereinfachungsVO. die Erteilung der für die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden und Gemeindeverbände erforderlichen Zulassungsverfügung noch in die Hand der kollegialen Beschlußbehörde gelegt hatte (§§ 43 Abs. 1, 47 das.), hatte bereits das PrGemVerfG. v. 15. Dez. 1933 (GS. 427) die Beschlußbehörde beseitigt und an ihre Stelle die Staatsbehörde gesetzt. Dementsprechend ersetzt das preußische Gesetz die Beschlußbehörde durch die „Staatsaufsichtsbehörde“. Gleichzeitig beseitigt es das sog. „Verteilungsverfahren“, das mit der Verstärkung der Staatsaufsicht über die Gemeinden entbehrlich geworden war. Schließlich räumt es auch mit sachlich nicht gerechtfertigten Unterschieden der in den einzelnen preußischen Landesteilen und für die verschiedenen Gruppen juristischer Personen geltenden Vorschriften im Rahmen der dem Landesgesetzgeber gesteckten Grenzen auf. Die Bedeutung des Gesetzes geht über seine voraussichtliche Geltungsdauer hinaus: Es gibt zugleich die Richtung an, in der sich die zukünftige reichsrechtliche Regelung annehmbar bewegen wird, und bietet eine erwünschte Möglichkeit, die Vorschriften in Preußen vor ihrer Einführung als endgültiges Reichsrecht praktisch zu erproben. Der Einfluß des preußischen Gesetzes auf die künftige reichsrechtliche Regelung tritt in der inzwischen erlassenen Deutschen Gemeindeordnung klar zutage; denn § 116 das. übernimmt für die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden im wesentlichen die einschlägigen Vorschriften des preußischen Rechts.

Die gegenwärtige Rechtslage in Preußen ist folgende:

A. Einzelvollstreckung

I. Für die Zwangsvollstreckung gegen ausländische Staaten gelten keine besonderen Bestimmungen. Soweit dingliche Rechte verfolgt werden, vollzieht sich die Zwangsvollstreckung nach den allgemeinen Vorschriften der ZPO., des ZwVerstG. usw. Im übrigen wird entscheidend sein, ob sich der fremde Staat ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten der deutschen Vollstreckungsgewalt unterworfen hat. Wenn er dies nicht getan hat, dürfte eine Zwangsvollstreckung nach anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts überhaupt unzulässig sein. Hat er sich dagegen der deutschen Vollstreckungsgewalt unterworfen, so wird die Zwangsvollstreckung nach den allgemeinen Vorschriften durchgeführt. Für eine Anwendung der landesrechtlichen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung gegen den Fiskus ist kein Raum, da diese sich sinngemäß nur auf den deutschen Landesfiskus beziehen (vgl. zu diesen sehr umstrittenen Fragen die Ausführungen und Nachweisungen bei Gaupp-Stein-Jonas, 15. Aufl., Bem. V A 3 vor § 1 ZPO., sowie bei Forsthoff-Simons a. a. O. S. 18 ff.).

II. Für die Zwangsvollstreckung gegen das Reich bestehen ebenfalls besondere ausdrückliche Vorschriften nicht. Soweit es sich um die Verfolgung dinglicher Rechte handelt, bewendet es auch hier bei den allgemeinen Vorschriften. Dagegen nahm die im Schrifttum und Rechtsprechung wohl herrschende Lehre an, daß der Reichsfiskus bei der Reichsgründung an die Stelle des früheren Landesfiskus getreten sei und deshalb für die Zwangsvollstreckung dem Recht unterstehe, das an dem betreffenden Ort für den Landesfiskus bei Erlaß der Reichsjustizgesetze gegolten habe (vgl. Gaupp-Stein-Jonas, 15. Aufl., Bem. 3 zu § 15 EGZPO., Note 14; a. M. Forsthoff-Simons a. a. O. S. 38 f.). Diese in der Praxis seit jeher befolgte Rechtsauffassung wird wohl als Reichsgewohnheitsrecht anzuerkennen sein. Dagegen hatten die Länder nicht das Recht, von sich aus für die Zwangsvollstreckung gegen das Reich und die der Reichsaufsicht unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts Vorschriften zu erlassen. Der Vorbehalt des § 15 Nr. 3 EGZPO. ermächtigte sie nicht dazu. Dementsprechend haben sowohl die VereinfachungsVO. wie das neue preußische Gesetz sich einer derartigen Erstreckung ihres Geltungsbereichs enthalten. Für die Zwangsvollstreckung gegen das Reich dürften daher in Preußen noch heute die Vorschriften des alten preußischen Rechts anzuwenden sein: In dem weitaus größten Teil die AllgGerO. v. 6. Juli 1793, § 33 Teil I Titel 35 und Anhang §§ 242, 153, in einigen rheinischen Bezirken das Ressortreglement v. 20. Juni 1818, § 25, und im Gebiet des gemeinen Rechts die AV. vom 18. Juli 1881 (JMBl. 160). Die Vorschriften sind abgedruckt und erläutert bei Forsthoff-Simons a. a. O. S. 52 f., 62 f., 70 f.

III. Die Zwangsvollstreckung gegen den preußischen Staat richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, soweit dingliche Rechte verfolgt werden. Für die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung eines Grundstücks gelten daher keine besonderen verfahrensrechtlichen Beschränkungen. Zu beachten ist aber stets, daß gewisse Teile des Staatsvermögens schon durch ihre öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung der Zwangsvollstreckung entzogen sein können. Dazu gehören das sog. Verwaltungsvermögen sowie die dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen (vgl. des näheren Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., S. 352 f.); denn hierbei handelt es sich um Beschränkungen, die einerseits, weil sie auf sachlich-rechtlichem Gebiet liegen, weder durch die ZPO., das ZwVerstG. usw. noch durch das neue preußische Gesetz berührt werden, andererseits, weil sie öffentlich-rechtlicher Art sind, auch nicht etwa durch die Vorschriften des BGB. beseitigt worden sind. Danach wird die Zwangsversteigerung eines staatseigenen Gebäudes, das dem öffentlichen Dienst gewidmet ist, nicht angeordnet werden können (vgl. hierzu auch § 156 II 8 ALR.). Sonstige Zwangsvollstreckungen gegen den preußischen Staat wegen Geldforderungen erfolgen nach § 1 des preuß. Ges. im Verwaltungswege. Die nähere Regelung im Einzelfall hat nach § 1 Abs. 2 das. der zuständige Fachminister im Einvernehmen mit dem Finanzminister zu treffen. Eine eigentliche Vollstreckung findet demnach nicht statt. Regelmäßig wird sich der Gläubiger zunächst mit der Behörde, die zur Vertretung des Staates im Rechtsstreit berufen ist, in Verbindung setzen, und nur im Bedarfsfalle den Fachminister anrufen. Dessen Sache ist es dann, sich mit dem Finanzminister ins Benehmen zu setzen und das zur Bereinigung der Angelegenheit Erforderliche zu veranlassen.

IV. Für Kreditanstalten des öffentlichen Rechts (z. B. Sparkassen, Girozentralen, Landschaften), für Versicherungsanstalten des öffentlichen

Rechts (z. B. Lebens- und Feuerversicherungsanstalten) sowie für Körperschaften und Stiftungen des bürgerlichen Rechts, die unter der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehen, beseitigt § 5 des preuß. Ges. grundsätzlich diejenigen Vollstreckungsbeschränkungen, die sich bisher im allgemeinen für diese juristischen Personen aus ihrer öffentlich-rechtlichen Eigenschaft oder ihrer Unterstellung unter behördliche Verwaltung ergaben. Teils handelt es sich hierbei um juristische Personen, die sich wirtschaftlich betätigen und aus diesem Grunde ihre Kreditfähigkeit besonders wahren müssen; die Zwangsvollstreckung beschränkende Vorschriften könnten aber ihre Kreditfähigkeit leicht beeinträchtigen. Teils sind es juristische Personen, die keine öffentlich-rechtlichen Aufgaben zu erfüllen haben und deshalb unter diesem Gesichtspunkt keines besonderen Schutzes bedürfen. Für die Vollstreckung gegen diese juristischen Personen ist daher eine Zulassungsverfügung usw. nicht erforderlich. Die Vorschrift des § 5 ist allerdings nach § 7 das. nicht sofort in Kraft getreten. Den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens für die einzelnen Gruppen der im § 5 genannten Personen bestimmt vielmehr der zuständige Fachminister im Einvernehmen mit dem Finanzminister. Solange und soweit eine derartige Anordnung nicht ergangen ist, gelten für sie die bisherigen Vollstreckungsvorschriften (Anhang § 153 zu I 24 § 45 AGO. usw., s. oben zu II a. E.). Unberührt bleiben ferner Sonderbestimmungen, die für einzelne oder bestimmte Gruppen dieser juristischen Personen ergangen sind, auch wenn § 5 des preuß. Ges. für sie in Kraft gesetzt ist. Als Beispiel verweist die amtliche Erläuterung des Gesetzes (Deutsche Justiz 1935, 8 f.) auf § 5 des Ges. über die Pfandbriefe und verwandte Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten v. 21. Dez. 1927 (RGBl. I, 492).

V. Bei Gemeinden bedarf es v. 1. April 1935 ab — soweit es sich nicht um die Hauptstadt Berlin handelt — zur Einleitung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung einer Zulassungsverfügung der Aufsichtsbehörde (§§ 116, 123, 122 DGemO.). Ausgenommen sind nur Zwangsvollstreckungen, bei denen dingliche Rechte verfolgt werden, und die Vollstreckung wegen Herausgabe-, Handlungs- und Unterlassungsansprüche nach §§ 883 f. ZPO. Insoweit bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften. Der Hypothekengläubiger kann daher ohne Zulassungsverfügung die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des zu seinen Gunsten belasteten Gemeindegrundstücks beantragen. Dagegen wird bei der Eintragung einer Zwangshypothek nicht ein bestehendes dingliches Recht verfolgt, sondern eine dingliche Sicherung erst erstrebt. Da mit der Eintragung der Gläubiger noch nicht befriedigt, die Vollstreckung also noch nicht abgeschlossen ist, wird die aus einer Zwangshypothek betriebene Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nur als Fortsetzung der mit dem Hypothekeneintrag begonnenen Vollstreckung und demnach ebenfalls nicht als Verfolgung eines dinglichen Rechts anzusehen sein. Der Gläubiger wird sich daher für die weitere Vollstreckung aus der Zwangshypothek eine neue Zulassungsverfügung beschaffen müssen, wenn nicht die erste Verfügung bereits die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zugelassen hatte. Da die Zulassungsverfügung „zur Einleitung“ der Zwangsvollstreckung erforderlich ist, muß sie der Gläubiger bereits vor Zustellung des Schuldtitels und der sonst erforderlichen Urkunden (§ 750 ZPO.) nachgesucht haben. Zuständig sind die Aufsichtsbehörden, die der Reichsminister des Innern im Verordnungswege bestimmt (§ 107 DGemO.). In der Verfügung sind die Gegenstände zu bestimmen, in die die Vollstreckung zugelassen wird, und der Zeitpunkt festzusetzen, in dem die Vollstreckung stattfinden soll (§ 116 Abs. 1 Satz 2 DGemO.). Die Ermittelung pfändbarer Gegenstände ist Sache des Gläubigers. Weder dem Wortlaut noch dem Sinn der Vorschrift ist eine Verpflichtung der Aufsichtsbehörde, dem Gläubiger pfändbare Vermögensgegenstände nachzuweisen, zu entnehmen. Allerdings ist es ihr auch nicht verboten, dies zu tun. Vorschriften oder auch nur Richtlinien darüber, unter welchen Voraussetzungen die Zulassung auszusprechen oder zu versagen ist, sind der Aufsichtsbehörde in § 116 DGemO. nicht gegeben. Es liegt aber auf der Hand, daß sie — wie dies § 3 Abs. 3 des preuß. Gesetzes ausdrücklich vorschreibt — die Zulassung zu versagen hat, wenn dadurch die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben der Gemeinde, der geordnete Gang der Verwaltung oder die Versorgung der Bevölkerung (z. B. durch Wasser-, Gas- oder Elektrizitätswerke der Gemeinde) gefährdet würde. Insoweit müssen die Belange des Einzelgläubigers regelmäßig hinter die Belange der Allgemeinheit zurücktreten. Die Entscheidung ist von der Aufsichtsbehörde nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu treffen. Die Vollstreckungsgerichte können sie nicht auf ihre Zweckmäßigkeit oder Richtigkeit nachprüfen. Ist die Zulassungsverfügung erteilt, so richtet sich das weitere Verfahren nach den Vorschriften der ZPO. (§ 116 Abs. 1 Satz 3 DGemO.): Der Gläubiger übergibt die Zulassungsverfügung nebst Schuldtitel dem Gerichtsvollzieher mit dem Auftrag zur Zustellung und Pfändung usw. Sollte einmal ohne die erforderliche Zulassungsverfügung gegen eine Gemeinde vollstreckt sein, so kann diese im Wege der Erinnerung an das Vollstreckungsgericht nach § 766 ZPO. die Aufhebung der Pfändung herbeiführen. Die praktische Bedeutung des Antrags auf Erteilung der Zulassungsverfügung geht jedoch über seine gesetzlichen Wirkungen hinaus. Die Aufsichtsbehörde wird ihn regelmäßig zum Anlaß nehmen, auf eine umgehende Befriedigung des Gläubigers hinzuwirken, schon um eine das Ansehen der Gemeinde beeinträchtigende Vollstreckung zu vermeiden. Daß dieses Eingreifen der Aufsichtsbehörde nicht zu einer Verzögerung, sondern nur zu einer beschleunigten Befriedigung des Gläubigers gegenüber dem im Vollstreckungswege für ihn Erreichbaren führen darf, ist selbstverständlich. Die amtliche Erläuterung des preußischen Gesetzes weist ausdrücklich hierauf hin (a. a. O., zu § 3 Abs. 1 a. E.).

Nach Maßgabe des § 120 DGemO. kann der Reichsminister des Innern im Einvernehmen mit den beteiligten Reichsministern und nach Benehmen mit der obersten Landesbehörde über die Gemeindeverbände nähere Bestimmungen im Verordnungswege treffen. Dadurch hat er die Möglichkeit, für sie auch auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung ähnliche Vorschriften wie in § 116 das. für die Gemeinden zu erlassen.

Dies gilt für das gesamte Reichsgebiet.

VI. Für die Zwangsvollstreckung gegen die Hauptstadt Berlin, gegen sonstige preußische Gemeinden bis zum 1. April 1935, gegen preußische Gemeindeverbände bis zum Erlaß abweichender Bestimmungen auf Grund des § 120 DGemO., sowie gegen alle sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des preußischen Staates oder seiner unmittelbaren Verwaltung unterliegen, mit Ausnahme der Kreditanstalten und Versicherungsanstalten (s. o. IV), gilt § 3 des preuß. Ges. (vgl. § 2 das.). Welcher Art diese juristische Person ist, bleibt sich gleich; außer Körperschaften gehören auch Anstalten und Stiftungen (z. B. gewisse Pensionskassen) hierher. Vor allem aber fallen die kirchlichen Gemeinden, Verbände oder Anstalten unter die Vorschrift, soweit sie juristische Personen des öffentlichen Rechts sind (vgl. dazu Art. 137 Abs. 4 RVerf.). Die Regelung entspricht im wesentlichen der in § 116 DGemO. für die Gemeinden getroffenen. Es kann daher auf das oben zu V Ausgeführte verwiesen werden. Die für die Zulassungsverfügung zuständige Staatsaufsichtsbehörde hat allgemein oder im Einzelfall der zuständige Fachminister zu bestimmen (§ 3 Abs. 6 Satz 1 des preuß. Ges.). Dem Gläubiger und dem Schuldner steht gegen die Entscheidung der Staatsaufsichtsbehörde binnen zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung das Rechtsmittel der Beschwerde an den Fachminister zu. Das Rechtsmittel ist bei der Staatsaufsichtsbehörde einzulegen und hat aufschiebende Wirkung (Abs. 6 Satz 4, 5 das.). Die Entscheidung des Fachministers ist endgültig (Abs. 6 Satz 6 das.). Der Fachminister kann sich aber die Entscheidung von vornherein selbst vorbehalten. Auch in diesem Falle ist seine Entschließung unanfechtbar (Abs. 6 Satz 2, 3 das.). Wenn sich die Zwangsvollstreckung gegen eine Religionsgesellschaft des öffentlichen Rechts oder ihre öffentlich-

rechtlichen Verbände, Anstalten oder Stiftungen richtet, so hat sich die Staatsaufsichtsbehörde vor Erlaß ihrer Verfügung mit dem zuständigen Aufsichtsorgan der Religionsgesellschaft (z. B. dem Konsistorium oder dem bischöflichen Vikariat) ins Benehmen zu setzen (Abs. 2 Satz 2 das.). In Abs. 3 das. ist hier jedoch — anders als im § 116 DGemO. — der Staatsaufsichtsbehörde vorgeschrieben, in welchen Fällen sie die Zwangsvollstreckung nicht zulassen darf. Dies ändert freilich nichts daran, daß die Vollstreckungsgerichte nicht nachzuprüfen haben, ob die Staatsaufsichtsbehörde im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu Unrecht bejaht oder verneint hat.

B. Konkurs- und Vergleichsverfahren

Ein Konkursverfahren über das Vermögen des Reichs oder eines deutschen Landes ist ebensowenig zulässig (vgl. Forsthoff-Simons a. a. O. S. 42) wie über das eines fremden Staates. § 116 Abs. 2 DGemO. verbietet ausdrücklich ein Konkursverfahren über das Vermögen einer Gemeinde, § 4 des preuß. Ges. über das Vermögen der oben zu V genannten juristischen Personen. Das Konkursverbot unterbindet auch die Eröffnung eines Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses, da ein Vergleichsverfahren nur insoweit zulässig ist, als ein Konkursverfahren stattfinden könnte (vgl. hierzu Kiesow, 4. Aufl., Anm. 1 zu § 1 VerglO.). Drohen mehrere Vollstreckungen, so kann die Staatsaufsichtsbehörde eine den konkursrechtlichen Grundsätzen entsprechende Befriedigung der verschiedenen Gläubiger dadurch erreichen, daß sie die Zulassungsverfügung gegenständlich oder zeitlich entsprechend beschränkt und im Aufsichtswege auf die Befriedigung von Gläubigern, die zwar keine Zulassungsverfügung beantragt haben, aber in gleichem Maße Berücksichtigung verdienen, hinwirkt.

Unredliche Beschäftigungsverhältnisse und Vorausverfügungen über das Arbeitsentgelt im Lichte des neuen Vollstreckungsrechtes

Von berufsm. Stadtrat i. R. Heinrich Burghart, Gröbenzell bei München

Je mehr die Wirtschaftsnot und die Auflockerung der sittlichen Pflichten im alten Staat um sich griff, desto verlockender erschien es vielen Schuldnern, sich lästigen Zahlungsverbindlichkeiten zu entziehen. Unterhaltsschuldner waren leider nicht ausgenommen. Die vorgetäuschte Ersetzung des Arbeitsvertragsverhältnisses durch ein bloß tatsächliches Beschäftigungsverhältnis, der sog. 1500-Mark-Vertrag, die Forderungsabtretung und der Scheinverzicht erwiesen sich bald als vorzügliche Mittel hierzu. Denn die höchstrichterliche Rechtsprechung, in individualistisch-liberalistischen Gedankengängen befangen, billigte großenteils mittelbar oder unmittelbar diese Umgehungs-, Verdeckungs- und Schiebungsgeschäfte, jedenfalls fand sie selten den Mut, diesem Mißbrauch der Freiheit rechtlichen Gestaltens entschieden entgegenzutreten. So wurden die Bemühungen der Gläubigerschaft um die Befriedigung ihrer Ansprüche in Fällen solcher Art immer aussichtsloser. Der neue Staat hat nun, der großen Zivilprozeßreform vorauseilend, mit starker Hand hier eingegriffen und in wenigen Bestimmungen ein vorbildliches Gesetzgebungswerk geschaffen, das im parlamentarischen Deutschland nicht so leicht hätte zustande kommen können.

I. Das verschleierte Beschäftigungsverhältnis

Seinen Ausgangspunkt fand der Eingriff des § 850d in der Beobachtung, daß die Lohn- (Gehalts-) Pfändungsversuche gegen Schuldner, die als Ehemann im Geschäfte der Ehefrau oder als erwachsener Sohn im elterlichen Betrieb oder sonst als Verwandter Arbeiten oder Dienste verrichten, vielfach daran scheiterten, daß das Vorhandensein eines Arbeitsvertragsverhältnisses im Sinne des ArbGG. (§§ 2, 5) nicht bewiesen werden konnte. Fand sich für die Verneinung eines Arbeitsverhältnisses in der tatsächlichen Beschäftigung der zum Hausstande der Eltern gehörigen und von diesen Unterhalt beziehenden erwachsenen Kinder für den Regelfall im § 1617 BGB. immerhin noch eine positive Rechtsgrundlage[1]), so mußten die Bemühungen der Rechtsprechung, aus der sittlichen, der ehelichen Lebensgemeinschaft sich ergebenden Pflicht des Ehemanns, die Ehefrau zu unterstützen, eine Rechtspflicht zur Mitarbeit im Geschäftsbetriebe der Ehefrau, also wiederum ein familienrechtliches Beschäftigungsverhältnis im Gegensatz zum ordentlichen Arbeitsverhältnis zu konstruieren, mindestens da einiges Erstaunen erregen, wo der Ehemann der wirkliche Leiter des Betriebes war[2]). Ja, die Rechtsprechung ging manchmal sogar so weit, in Fällen, in denen der Schuldner in einem fremden Betrieb gegen Wohnung und Verpflegung beschäftigt war, vom Kläger den schlüssigen Beweis zu verlangen, daß der Wille des Schuldners und des Beklagten übereinstimmend auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses gerichtet war. § 850d kommt dem pfändenden Gläubiger nun dadurch zu Hilfe, daß er in allen diesen Fällen einen Anspruch auf angemessene Vergütung, allerdings nur im Verhältnis des Gläubigers zum Empfänger der Arbeits- und Dienstleistung fingiert. Mit dieser Fiktion grenzt das Gesetz gleichzeitig das Anwendungsgebiet des § 850d gegen § 850b ZPO. ab. Wo eine Pflicht zur angemessenen Vergütung für die Arbeits- oder Dienstleistung nach dem Arbeitsvertrag außer allem Zweifel steht, bedarf es dieser Fiktion nicht. § 850d durchbricht nicht den § 850b, sondern ergänzt ihn, indem er durch die Fiktion die Schwierigkeiten aus dem Wege räumt, die einer Anwendung des § 850b deshalb entgegensteht, weil ein Lohn-„Anspruch" nicht klar zu erweisen ist. Der Dienstberechtigte, der selbst den Vergütungsanspruch aus dem Arbeitsvertrag anerkennt, kann sich nicht auf die in § 850d Satz 2 bezeichneten besonderen Umstände berufen und deshalb den Dienstverpflichteten mit einem geringeren als den diesem nach Tarifvertrag, Betriebs- oder Tarifordnung (§§ 27, 32 ArbOG.) oder nach Orts- und Berufsüblichkeit zustehenden Lohn abfinden. Im übrigen aber setzt die Anwendbarkeit des § 850d voraus, einmal, daß die Dienste in einem ständigen Verhältnis geleistet werden, dann, daß es sich um Arbeiten handelt, die üblicherweise entlohnt werden und zuletzt, daß entweder überhaupt keine Vergütung oder nur eine unverhältnismäßig niedrige Vergütung gewährt wird. Die beiden ersten Tatbestandsmerkmale wollen offenbar und mit Recht verhindern, daß für reine Gefälligkeitsdienste, für die, selbst wenn sie in einem längeren Zeitabschnitt regelmäßig wiederkehren, niemand eine nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts errechnete Vergütung erwartet, oder für eine vorübergehende, ausschließlich aus Mitleid oder Freundschaft ermöglichte Beschäftigung, die dem Dienstberechtigten keinen wirtschaftlich irgendwie erheblichen Nutzen bringt, auf einmal ein Vergütungsanspruch, wenn auch nur dem Gläubiger gegenüber, unterstellt wird, an den die Beteiligten nicht gedacht haben. Das kann für die Frage der Pfändbarkeit eines Nebenverdienstes, der nicht grundsätzlich von der Anwendbarkeit des § 850d ausgeschlossen ist, einmal praktisch von entscheidender Bedeutung sein. Ob der Maßstab für die „Üblichkeit" der Vergütung aus den besonderen, aber auch anderswo vorkommenden Verhältnissen des Dienstberechtigten oder allgemein aus den Gepflogenheiten im Wirtschaftsleben in Beziehung auf Art und Umfang der Arbeit zu entnehmen ist, kann zweifelhaft erscheinen. Sprachlich lassen sich

---

[1]) Siehe die zahlreichen Entsch. des RArbG., insbes. v. 12. Juli, 13. Dez. 1933 u. 9. Mai 1934: JW. 1933, 2081; 1934, 634, 1915.

[2]) Siehe RArbG. v. 4. Juli 1934: JW. 1934, 2727.

beide Anschauungen vertreten; von dem Gesichtspunkt ausgehend, daß eine soziale Erscheinung auf ihre Häufigkeit (Üblichkeit) nur dann beurteilt werden kann, wenn man sie in all ihren Bedingtheiten kennt, verdient die erstere den Vorzug. Aber sie würde — und darin liegt die große praktische Bedeutung der Frage — zu Folgen führen, die mit dem Zweck des Gesetzes kaum in Einklang zu bringen sind. Das von Volkmar angeführte Beispiel[3]) von dem Bauernsohn, dem künftigen Anerben, der nicht auf regelmäßige Bezahlung seiner Arbeit, sondern auf den Hof wartet, wirkt für sich betrachtet überzeugend, aber was dem Bauernsohn recht ist, ist dem Sohne des Gewerbeunternehmers oder Kaufmanns, der auch Aussicht hat, einmal das Geschäft zu erhalten, billig. Hier wie dort wird man, wenn man will, einen Volksbrauch feststellen können, der in der tätigen Mithilfe des Sohnes keine Arbeit erblickt, die man „unter diesen Verhältnissen" entlohnt. Wo liegt die Grenze; ist die Aussicht, Erbe oder Anerbe zu werden, das einzige Kriterium für die Nichtüblichkeit der Entlohnung, gibt es im Verhältnis der Kinder zu den Eltern nicht auch andere Umstände, die im Volksbrauch als entscheidend für die Versagung des üblichen Lohnes angesehen werden? Wie sehr die Berücksichtigung der besonderen typischen Verhältnisse wieder zur Rechtsprechung des RArbG. zurückführt, die doch durch den § 850d überwunden werden sollte, zeigt der von Volkmar a. a. O. gebrachte Vergleich des künftigen Anerben mit dem auf den Hof zurückgekehrten Sohn, der nun seinen Eltern den Knecht erspart und deshalb Arbeiten verrichtet, die hier „üblicherweise" entlohnt werden. Wenn nicht mit der anderen Hand genommen werden will, was eben mit der einen gegeben wurde, dann gibt es nur die Lösung, den Maßstab allein aus den allgemeinen Gepflogenheiten des Verkehrs in bezug auf die Anforderungen an regelmäßig entlohnte Arbeitskräfte zu entnehmen und sich im Einzelfalle die Frage vorzulegen, ob die Arbeiten oder Dienste, um die es sich handelt, in irgendeinem fremden Betrieb entlohnt würden. Dann kann das „üblich" so verstanden werden, daß die Arbeiten usw. sonst Gegenstand eines Arbeitsvertragsverhältnisses sein würden[4]). Und noch ein anderer Zweifel im Tatbestand ist zu erklären. Das Gesetz spricht von einer „unverhältnismäßig geringen" Vergütung. Daraus könnte vielleicht der Schluß gezogen werden, daß in den Fällen, in denen der Dienstverpflichtete zwar keine angemessene, aber auch keine unverhältnismäßig geringe, d. h. in einem auffallenden Mißverhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Arbeit für den Dienstberechtigten stehende Vergütung empfängt, die Voraussetzung des § 850d nicht erfüllt sei, so daß der Dienstberechtigte hier mit Erfolg geltend machen könne, daß die Vergütung eine freiwillige, nicht klagbare, daher auch nicht pfändbare Leistung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses sei. Allein eine solche Auslegung würde die Betrachtungsgrundlage verschieben. Für die Prüfung, ob ein Arbeitsverhältnis begründet werden wollte, kommt es nicht auf die mehr oder weniger zum Schein abgegebenen „Erklärungen", sondern nur auf den wahren Willen der Parteien an. Die Angemessenheit der regelmäßig gewährten Vergütung spricht so zwingend für einen dahingehenden Willen, daß alle entgegenstehenden Erklärungen nichts zu beweisen vermögen. Das gilt auch von einer Vergütung, die der angemessenen nahekommt. § 850d will den Gläubiger gegen die Verschleierung des Arbeitsverhältnisses schützen, die vielfach dadurch bewerkstelligt wird, daß der Dienstverpflichtete auf ein Entgelt — äußerlich, scheinbar — verzichtet oder sich mit einem „unverhältnismäßig geringen" Entgelt begnügt. Wenn das Gesetz aus dem so gezeichneten typischen Fall ein Tatbestandsmerkmal mit den gleichen Worten entnimmt, so läßt es dabei die Frage nach der rechtlichen Beurteilung des konkreten Beschäftigungsverhältnisses unberührt. Nach Zweck und Wortlaut stellt es allein auf das Tatsächliche ab. Wo immer Arbeiten oder Diensten, die wirtschaftlich nicht ganz nebensächlich sind und in einem ständigen Verhältnis geleistet werden, keine oder nur eine unverhältnismäßig geringe (nicht bloß unangemessene!) Vergütung gegenübersteht, ist der Tatbestand des § 850d gegeben. Daß im Einzelfall in einem solchen Beschäftigungsverhältnis gleichwohl aus besonderen Gründen rechtlich ein Arbeitsvertragsverhältnis zu erblicken ist, steht dann der Anwendung des § 850d nicht entgegen, wenigstens insoweit nicht, als der Gläubiger des Arbeitnehmers nicht mit anderen Mitteln (z. B. Ungültigkeit des Lohnverzichts) auf dem gewöhnlichen Wege des § 850b den gleichen Erfolg erzielen kann.

Die neue Vorschrift beseitigt den § 1617 BGB. nicht, schränkt ihn auch nicht ein; sie schützt nur den Gläubiger des erwachsenen Kindes vor einer mißbräuchlichen Anwendung. Der Unterhalt, den der Sohn von den Eltern empfängt, ist eine Vergütung für die Arbeits- und Dienstleistung. Er ist nicht gesetzlicher Unterhalt, denn wer sich selbst erhalten kann, ist nicht unterhaltsberechtigt (§ 1602 BGB.). Der Sohn, der sich bei Ausnützung seiner Arbeitskraft auf dem freien Arbeitsmarkte selbst erhalten könnte, wenn er seine Arbeitskraft den Eltern nicht zur Verfügung stellen würde, steht rechtlich dem gleich, der sich tatsächlich selbst erhält. Das familienrechtliche Verhältnis des § 1617 BGB. ist ja kein Zwangsverhältnis, dem der Sohn nicht entrinnen könnte. Zwangsläufig ist nur das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und die Natur des Arbeitsentgelts, nicht aber die Begründung. Ohne oder gegen den Willen des Kindes ist es nicht denkbar. Das Kind ist frei in seinem Entschluß, ob es dem Haushalte der Eltern angehören und von ihnen unterhalten werden will[4a]). Es kann jederzeit aus dem Haushalt ausscheiden. Dann ist es mit der Pflicht, im elterlichen Geschäft (Betrieb) zu arbeiten, vorbei. Wählt das Kind aber das familienrechtliche Dienstverhältnis, dann bemißt sich die Vergütung nach den Vorschriften über den gesetzlichen Unterhalt. Der gesamte Lebensbedarf (§ 1610 BGB.) umfaßt nicht allein Wohnung, Nahrung, Kleidung usw., sondern je nach Bedürfnis und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Eltern, insbesondere der Ertragsfähigkeit des Betriebs, auch einen Barbetrag zur Befriedigung kleinerer, aus dem Verkehr entspringender Bedürfnisse. Dieses Taschengeld stellt sich so nicht als eine freiwillige Leistung, sondern als Bestandteil des rechtlich erzwingbaren Unterhalts dar. Inwieweit schon von diesem Gesichtspunkt aus der Anspruch auf das Taschengeld der Pfändung unterworfen wäre — § 850g Ziff. 2 ist nicht anwendbar —, mag dahingestellt bleiben[5]), durch den Tatbestand des § 850d ist diese Frage jedenfalls überholt. Wenn das Gesetz die Verfügungsfreiheit der Parteien des familienrechtlichen Dienstverhältnisses nun zugunsten des Gläubigers des unterhaltsberechtigten Dienstverpflichteten noch weiter einschränkt und dem Gerichte die Entscheidung über Art und Maß des Unterhalts als Entgelt für die Dienstleistung vorbehält, so ist das kein Widerspruch, sondern nur eine Ausführungsanordnung zu § 1617 BGB.

Die angemessene Vergütung, die in Fällen der geschilderten Art als geschuldet gilt, muß nicht restlos eine Barvergütung sein. Gerade das Fortbestehen des familienrechtlichen Verhältnisses (Kinder und Eltern, Eheleute) wird die Feststellung eines Natural- und eines Barbezugs erheischen, denn es würde über das Ziel hinausschießen, wollte mit Hilfe des § 850d eine Änderung des tatsächlichen Verhältnisses erzwungen werden. Da die Bestimmung der Pfändbarkeit aber eine einheitliche Wertangabe erfordert, muß die Feststellung den Wertanschlag des Naturalbezugs ersehen lassen. Die rein deklaratorisch wirkende Feststellung kann ausschließlich im Streite des Pfändungspfandgläubigers gegen den Dienstberechtigten als Drittschuldner, und zwar auf die Klage auf Zahlung der gepfändeten und überwiesenen Lohn- (Gehalts-) Teile getroffen werden. Doch nur in einem auf den Grund des Klageanspruchs beschränkten Zwischenstreit (§ 61 Abs. 5 ArbGG.), der nur da in Frage kommt, wo die Berechnung der Höhe der Lohn- oder Gehaltsabzüge besonderen Schwierigkeiten begegnet, kann die Feststellung, welche Vergütung als

[3]) Volkmar: DArbR. 1935, 12.

[4]) So Volkmar: JW. 1934, 2824 ff.

[4a]) Staudinger, Bem. 2a zu § 1617.

[5]) Bejahend LArbG. Breslau v. 6. Sept. 1929, NAK. Reg. 2453, zit. in Karte: Familienangehörige als Arbeitnehmer.

geschuldet gilt, unmittelbar Gegenstand der Entscheidung sein. Im übrigen ist nur in den Entscheidungsgründen Raum für diese Feststellung. Bei der Prüfung hat das ArbG., an dessen ausschließlicher Zuständigkeit im Hinblick auf § 2 Abs. 2 ArbGG. nicht zu zweifeln ist, auf alle Umstände des Einzelfalles Rücksicht zu nehmen. Der Ermessensspielraum ist sehr weit. Wohl führt Satz 2 des § 850d namentlich Umstände an, die insbesondere bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen erfüllt und bei Bemessung der Vergütung zu berücksichtigen sind, doch will das Gesetz andere, die nach Sinn und Zweck des Gesetzes auch von Bedeutung sein können, damit nicht ausschließen. Das führt zu der Frage, ob die wirtschaftliche Lage des Gläubigers und die Art seiner Forderung von Einfluß sein kann. Volkmar[6]) bejaht die Frage und sagt, daß das Gesetz die Möglichkeit gibt, zwischen verschiedenen Forderungen einen Unterschied zu machen, z. B. gegenüber einer Unterhaltsforderung einen gewissen Vergütungsbetrag als geschuldet in einem Falle zu betrachten, in dem dies gegenüber einer gewöhnlichen Forderung nicht angebracht erschiene. Allein das Wesen der Vorschrift als einer Ergänzung des § 850b spricht dagegen. Die unterschiedliche Behandlung der Gläubiger, die Teilung in gewöhnliche und bevorzugte, ließe sich vertreten, wenn der Empfänger der Arbeits- und Dienstleistung verpflichtet wäre, unmittelbar dem Gläubiger des Dienstverpflichteten eine Gegenleistung für die Arbeiten und Dienste zu gewähren. Nach § 850d macht der Gläubiger aber nicht seinen, sondern des Dienstverpflichteten Anspruch, soweit er durch Pfändung und Überweisung auf ihn übergegangen ist, geltend. Ob der Dienstverpflichtete einen Anspruch nach Vereinbarung hat oder ob das Gesetz einen solchen Anspruch, wenn auch nur dem Gläubiger gegenüber, unterstellt, ist gleich; jedenfalls kann aber die Frage, ob danach eine Vergütung als dem Dienstverpflichteten geschuldet gilt, nur aus den zwischen diesem und dem Dienstberechtigten bestehenden Verhältnissen beantwortet werden. Die Person des Gläubigers und die Art seiner Forderung spielen dabei keine Rolle. Die verwandtschaftlichen und sonstigen Beziehungen und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Dienstberechtigten u. a. beeinflussen die Höhe der Vergütung; der Vergütungsanspruch dem Grunde nach wird nur durch Art, Umfang und voraussichtliche Dauer der Arbeits- oder Dienstleistung bestimmt, welche Umstände aber auch für die Lohnbemessung mit von ausschlaggebender Bedeutung sind. Die Pfändbarkeit der so ermittelten Vergütung bestimmt sich dann ausschließlich nach den §§ 850, 850b[7]). Daß danach der Pfändungsbeschluß die gesetzlichen Grenzen überschreite und dem Kläger ein Pfandrecht und die Einziehungsbefugnis nicht zustehe, kann der Dienstverpflichtete in dem Leistungsprozeß einwenden, soweit die Pfändung nicht für eine bevorrechtigte Unterhaltsforderung auf Grund der §§ 850b Abs. 4, 850 Abs. 3 angeordnet ist. Denn die Entscheidung darüber, ob diese Vorschriften verletzt sind, muß dem Vollstreckungsrichter im Erinnerungsverfahren (§ 766 ZPO.) vorbehalten bleiben[8]).

II. Der 1500-Mark-Vertrag und der Dienstverschaffungsvertrag

Der heftige Streit um die Anwendbarkeit der §§ 117, 138, 328, 826 BGB. auf Verträge, in denen sich der Arbeitgeber verpflichtet, den pfändbaren Teil des Lohnes oder Gehalts, sei es unmittelbar als solchen, sei es mittelbar in Gestalt von Bezugsrechten aus anderen mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Rechtsverhältnissen einem Dritten, so insbesondere der Ehefrau des Arbeitnehmers zukommen zu lassen, ist durch den § 850c zum Verstummen gebracht worden. Die diesbezüglichen Entscheidungen des RG.[9]) und des RArbG.[10]) sind für das Verhältnis vom Gläubiger zum Schuldner, zum Arbeitgeber und zum Dritten überholt und damit bedeutungslos geworden. Dem Gläubiger gegenüber gelten die verschiedenen Berechtigten zustehenden Bezüge als ein einheitliches Arbeitsentgelt, für die als solches die Pfändbarkeit ermittelt wird. Die Pfändung des dem Dritten zustehenden teils erfolgt so, wie wenn er dem Schuldner zustünde, ohne daß es einer vorherigen Verurteilung des Dritten zur Duldung der Zwangsvollstreckung bedarf. Schwierigkeiten können wohl da entstehen, wo der begünstigte Dritte selbst in Diensten des gleichen Arbeitgebers steht, aber im Vergleiche zum Verdienste des Schuldners einen unverhältnismäßig hohen Lohn bezieht. Doch ist letzten Endes das richterliche Recht der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO.) dazu da, die Lücken der positiven Beweisführung durch einen Schluß aus Erfahrungstatsachen zu schließen und in dem Übermaß des einen Entgelts den Ausgleich für die unterbemessene andere Vergütung überall da zu erblicken, wo nicht überzeugende Gründe für den unterschiedlichen Entlohnungsmaßstab angeführt werden können. Auch in einem solchen Falle, der eine Kombination der Tatbestände der §§ 850c und 850d darstellt, kommt das ArbG. in die Lage, die angemessene Vergütung des Schuldners aus den beiden Löhnen inzidenter als geschuldet festzustellen. § 850c bezieht sich nach seinem Wortlaut auch auf die sog. Dienstverschaffungsverträge, durch die ein anderer als der Diensttuende (z. B. die Ehefrau, ein Verwandter), dessen Arbeitskraft einem Dienstberechtigten gewissermaßen vermietet und das Arbeitsentgelt für sich einsteckt. Daß für solche der guten Sitte Hohn sprechende „Arbeitsverhältnisse" im heutigen Reiche kein Platz mehr sein darf, ist klar. Es ist kaum mehr zu verstehen, daß die Rechtsprechung solche Verträge einstens unbeanstandet passieren ließ[11]). Nicht betroffen von dieser Kritik sind selbstverständlich die Dienstverschaffungsverträge caritativer Vereinigungen (Mutterhäuser u. dgl.) mit öffentlichen oder privaten Arbeitgebern zur Ausübung der Wohlfahrts- und Krankenpflege, wobei die Mitglieder dieser Vereinigungen deren Erfüllungsgehilfen sind und das gelegentliche, durch wirtschaftliche oder betriebstechnische Notwendigkeiten bedingte gegenseitige Ausleihen von Arbeitskräften, die soweit sie nicht vom jeweiligen Arbeitgeber unmittelbar entlohnt, vom Hauptarbeitgeber, dessen Erfüllungsgehilfen sie dann sind, entschädigt werden. Solche Verträge hat § 850c selbstverständlich nicht im Auge. Weiterhin erstreckt sich § 850c auch nicht auf Arbeitsentgelte, die vom Dienstverpflichteten an einen Dritten abgetreten sind.

III. Die Lohnabtretung

Die Abtretung ist ein Vertrag zwischen dem Gläubiger der Forderung und dem Abtretungsempfänger. Der Schuldner der Forderung, hier des Arbeitsentgelts, ist dabei nicht beteiligt. Soweit die Abtretung rechtswirksam, hat er an den Zessionar zu leisten (§ 398 BGB.). Die Lohnforderung ist insoweit abtretbar als sie pfändbar ist (§ 400 BGB.). Es gibt aber eine absolute (§§ 850 Abs. 1, 850b Abs. 1 mit 3) und eine relative Pfändbarkeit des Gehalts- oder Arbeitslohnes (§§ 850 Abs. 3, 850b Abs. 4). Deshalb sind auch eine absolute Abtretbarkeit, die ihre Begrenzung in den allgemeinen Pfändungsgrenzen hat und als abstraktes Rechtsgeschäft wirksam ist, und eine relative, die ihren Zweck in der Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber dem Zessionar findet und in ihrem Ausmaße soweit als eine Pfändung gehen kann, zu unterscheiden. Soweit der Abtretungsempfänger für seine Unterhaltsforderung die Lohn-(Gehalts-) Forderung pfänden könnte, soweit ist die Abtretung rechtswirksam[12]). Eine andere Frage ist freilich, ob und unter welchen Voraussetzungen die Abtretung wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten werden kann oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist.

Gegenstand der Anfechtung ist alle Male die Abtretung als das Vollzugsgeschäft, sei es ohne oder je nach Sachlage mit dem Grundgeschäft (z. B. dem Schenkungsversprechen), weil

[6]) JW. 1934, 2825.
[7]) So auch Zimmerle: RArbBl. 1934, II, 429/30.
[8]) Siehe auch Volkmar: DArbR. a. a. O.
[9]) RG. 81, 41; LZ. 14, 391; 15, 542, 1552 u. a. m.; auch RGRKomm. (1934), Bem. 2 zu § 611.
[10]) RArbG. 2, 121; 6, 310; HöchstRRspr. 1930 Nr. 140.
[11]) Siehe OLG. Düsseldorf: JW. 1930, 648.
[12]) So im Ergebnis auch Staudinger, Bem. 1 zu § 400 — der einzige der führenden Kommentare, der sich zu dieser Frage äußert.

erst durch die Abtretung aus dem Schuldnervermögen etwas herauskommt und die Zugriffsmöglichkeit des Gläubigers verringert wird. Für die Beurteilung aber, ob die materiellen Voraussetzungen der Anfechtung, insbesondere in subjektiver Hinsicht, gegeben sind, ist ein Zurückgreifen auf das Grundgeschäft unerläßlich. Wenn die Lohn- (Gehalts-) Forderung unentgeltlich übertragen worden ist, bedarf es für die Anfechtung nach § 3 Ziff. 3, 4 AnfG. keiner weiteren Begründung als der Behauptung, daß der Zuwendung eine Gegenleistung nicht gegenübersteht. Wo die Abtretung erfolgte, um einer vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht dem Zessionar gegenüber gerecht zu werden, kann, aber muß nicht schlechthin der Tatbestand des § 3 Ziff. 1 oder 2 AnfG. erfüllt sein. Hat der Empfänger ein vertragliches Recht auf Sicherstellung der Erfüllung durch Lohn- (Gehalts-) Abtretung, dann wird der Beweis der Benachteiligungsabsicht außerordentlich schwer zu führen sein. Von diesem seltenen Fall abgesehen, in dem der Wille des Schuldners sich in der Regel darin erschöpft, eben seiner Verbindlichkeit nachzukommen, wird bei der Lohnabtretung, die im übrigen dann an Erfüllungs Statt erfolgt, die Benachteiligungsabsicht, sofern nicht andere Umstände dagegen sprechen, zu bejahen sein, wenn der Schuldner das Bewußtsein hatte, daß seine Gläubiger nach der weiteren zwangsläufigen Entwicklung der Dinge durch die Abtretung geschädigt werden[13]). Bei der Abtretung freilich, die zur Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht vorgenommen wurde, mag die Abtretung den allgemein pfändbaren Teil des Lohnes (Gehaltes) oder den ganzen Teil, der vom Abtretungsempfänger gepfändet werden könnte, umfassen, ist ein entscheidendes Gewicht darauf zu legen, ob der Zessionar nur das, was er zu fordern hat oder mehr durch die Abtretung bekommt. Denn sofern nicht ganz besondere Verhältnisse vorliegen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen, wird im ersteren Falle die Behauptung des Schuldners, daß er ausschließlich darauf bedacht war, den Unterhalt seiner Angehörigen zu sichern, nicht leicht zu widerlegen und an die Beweisführung des Empfängers von der Nichtkenntnis der Benachteiligungsabsicht dann nicht weitere Anforderungen zu stellen sein[14]). An dem Gläubiger liegt es daher darzutun, daß der Empfänger das, was er durch die Abtretung erhielt, nach Sachlage, insbesondere unter Berücksichtigung etwaiger vorgehender oder gleichstehender Ansprüche des oder der Gläubiger nicht fordern durfte, oder nur zum Schein erhielt, und der Schuldner sich der Überschreitung des Maßes bewußt war. Was aber darf der Unterhaltsberechtigte fordern? Bei der Frage der Gültigkeit des 1500-Mark-Vertrags haben RG. und RArbG. den bekannten Satz geprägt, daß das, was zu einer bescheidenen, standesgemäßen Lebensführung seiner Angehörigen notwendig sei, der Schuldner den Gläubigern wohl entziehen dürfe[15]). Dadurch, daß in den betreffenden Fällen weit mehr zugebilligt wurde, als dem Schuldner und seinen Angehörigen bei der Lohnpfändung durch den Gläubiger geblieben wäre, brachte die Rechtsprechung zum Ausdruck, daß sie in den Lohnpfändungsvorschriften nicht den für jeden Fall gültigen Maßstab erblicken wolle. Die Frage, wieweit darf der Schuldner gehen, ohne den Glauben der Öffentlichkeit an seine gute Absicht zu verwirken, führt hier wieder an dieselbe Ecke. Die zum Schutze des Schuldners geschaffenen Pfändungsgrenzen geben ein Durchschnittsmaß; sie gewähren keine Möglichkeit der Berücksichtigung individueller Bedürfnisse. Der Sinn der Pfändungsbeschränkung ist der, dem Schuldner im Verhältnis zu seinen Gläubigern das Maß zu geben, auf das er die Befriedigung seiner und seiner Angehörigen Unterhaltsbedürfnisse, soweit er sie aus seinem Arbeitsverdienste bestreiten will, einzustellen hat. Von diesem Gesichtspunkt aus freilich verbessert der Schuldner, der durch die Abtretung seines Lohnes (Gehalts) an einen Angehörigen dem Gläubiger das entzieht, was dieser pfänden könnte, eigenmächtig dieses Maß. Wer jedoch daraus den Schluß ziehen möchte, daß die Abtretung schon deshalb anfechtbar sei, muß folgerichtig jede Lohnabtretung, die den allgemein pfändbaren Teil des Lohnes zum Gegenstande hat, unterschiedslos dem Gläubiger gegenüber für unwirksam erklären. Wie sehr diese Auffassung über das Ziel hinausschießen würde, zeigt der Fall, wo der Schuldner zur Vermeidung der drohenden Pfändung und zur Kostenersparnis den Teil seines Lohnes (Gehalts) an seine geschiedene Ehefrau und seine von ihm getrennt lebenden Kinder abtritt, der sonst gepfändet worden wäre. Es wird niemand behaupten wollen, daß der Empfänger das, was er durch Pfändung unbeanstandet hätte erlangen können, deshalb zurückgewähren muß, weil es ihm im Wege der Abtretung zukam. Aus der Tatsache allein, daß der Schuldner einen seiner Gläubiger vor den anderen durch Lohnabtretung zufriedenstellte, kann so wenig der Benachteiligungswille des Schuldners gefolgert werden, wie aus dem Umstand, daß der eine Gläubiger dem anderen mit der Pfändung zuvorkommt. Warum sollte es dann verboten sein, daß der Schuldner den Unterhalt der mit ihm in Haushaltgemeinschaft lebenden Ehefrau und Kinder in gleicher Weise sicherstellt? Daß §§ 850 Abs. 3, 850b Abs. 4 nicht allen Verhältnissen gerecht zu werden vermag, wird heute schon damit zugegeben, daß sogar der Schutz des Gesetzes zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnützung von Vollstreckungsmöglichkeiten dem kinderreichen oder sonst wirtschaftlich hart bedrängten Schuldner auch gegen eine Lohn- (Gehalts-) Pfändung, die sich in den Grenzen der §§ 850 Abs. 1, 850b Abs. 1—3 hält, zugebilligt wird[16]). Wenn der Schuldner sich auf dieses Gesetz berufen darf, warum sollen er und seine Angehörigen nicht eine den gleichen Schutz von vornherein erstrebende Lohnabtretung vornehmen bzw. annehmen dürfen? Man kann hier von Ausnahmen sprechen, doch eben diese Ausnahmen beweisen, daß die Pfändungsgrenzen nicht in jedem Falle das umschließen, was die Angehörigen oder Unterhaltsberechtigten in Erfüllung ihres Anspruchs fordern können. Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, daß der Schuldner verpflichtet ist, den allgemein pfändbaren Teil seines Lohnes (Gehalts) den gewöhnlichen Gläubigern frei zu halten, so daß die bevorrechtigten Unterhaltsberechtigten sich in das teilen und mit dem begnügen müssen, was ihnen nach §§ 850 Abs. 3, 850b Abs. 4 durch Pfändung — (und gerichtlichen Ausgleich) — in den sonst nicht pfändbaren Teil des Lohnes zufließen kann. Das liefe auf eine seltsame „Bevorzugung" hinaus. Vor aller Rücksichtnahme auf den Gläubiger steht die sittliche Pflicht der Erhaltung und Zusammenhaltung der Familie, und diese Pflicht einerseits und das sittliche Recht der Angehörigen andererseits finden in dem pfandfreien Betrag (§§ 850 Abs. 1, 850b Abs. 1—3), mit anderen Worten im „notdürftigen Unterhalt", nicht ihre absolute Schranke.

Indessen darf der Pfändungsgrenze ein gewisser mittelbarer Einfluß auf die Frage, inwieweit der Schuldner unanfechtbar sein Arbeitsentgelt zur Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht abtreten darf, nicht abgesprochen werden. Der Standpunkt, daß kein Gläubiger ein Zugriffsrecht auf die Arbeitskraft seines Schuldners habe, kann als endgültig überwunden angesehen werden[17]). Die Auffassung, die schon das OLG. Köln so treffend zum Ausdruck brachte in den Worten: „Die mit dem Schuldner zu einer Lebens- und Schicksalsgemeinschaft verbundenen Familienmitglieder müssen die Folgen der Verschuldung mit tragen. Ein Versuch des Schuldners, sich und die Seinen auf Schleichwegen diesen Folgen zu entziehen, darf keine Unterstützung finden, mag er auch nicht auf unredlichen Beweggründen beruhen"[18]), verdient heute mehr denn je Beachtung. In Modifizierung des seinerzeitigen, von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung geprägten Satzes, von der bescheidenen, standesgemäßen Lebensführung führt sie zu dem Ergebnis, daß der pfandfreie Betrag der §§ 850 Abs. 1, 850b Abs. 1—3 wohl im allgemeinen einen wichtigen Anhalts-

[13]) Jaeger, AnfG., Bem. 33 zu § 1, 9, 12 zu § 3; Jaeger, KO., Bem. 51 zu § 30, 2 u. 6 zu § 31; RG. v. 13. Mai 1930: HöchstRRspr. 1930 Nr. 1544.

[14]) RG., 5. ZivSen., v. 1. Juni 1929: HöchstRRspr. 1929 Nr. 1619.

[15]) RG. 81, 41; RArbG. v. 29. Juni 1929, 30. Okt. 1929: HöchstRRspr. 1930 Nr. 140; Warn. 1930 Nr. 45.

[16]) Pohle: JW. 1935, 164, allerdings gegen Volkmar: Deutsche Justiz 1934, 1622.

[17]) Siehe OLG. Breslau: JW. 1934, 1509.

[18]) OLG. Köln v. 3. Dez. 1929: JW. 1930, 569.

punkt dafür abgibt, was der Schuldner für sich und seine Angehörigen durch die Abtretung „retten" darf, aber noch Raum genug für eine individuelle Berücksichtigung besonderer Umstände bleibt, die z. B. in starken wirtschaftlichen Belastungen (siehe z. B. § 33 EinkStG.), wie hohe Unterhaltsbeiträge für die geschiedene Ehefrau, die ersteheIichen Kinder, Krankheits- und Kurkosten, große Kinderzahl, höhere Ausbildungskosten für die Kinder gefunden werden können. Letzten Endes liegt es im freien Ermessen des Richters festzustellen, welcher Teil des allgemein gepfändeten Betrages dem Abtretungsempfänger noch zugewendet werden darf, ohne mit den Pflichten gegenüber den Gläubigern in Widerspruch zu geraten. Insoweit ist eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners auszuschließen. Damit entfällt die Erforderlichkeit des Beweises seiner Unkenntnis durch den Empfänger.

Alle diese Schwierigkeiten treten nicht in die Erscheinung bei einer zur Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht vorgenommenen Lohnabtretung, die nur den nicht allgemein pfändbaren Teil des Arbeitsentgelts erfaßt. Denn hier hat in Konkurrenz mit den Pfändungspfandgläubigern der Zessionar grundsätzlich keine andere Stellung als der nach §§ 850 Abs. 3, 1609 BGB. gleichstehende Gläubiger, da die materielle Rechtsgültigkeit der Abtretung von der Rücksichtnahme auf die gleichstehenden Pfändungsgläubiger bedingt ist. Nur kann der Streit nicht im Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO., vielmehr muß er im ordentlichen Rechtsstreit ausgetragen werden.

Bei einer Lohnabtretung, die sich als inkongruentes Deckungsgeschäft darstellt, z. B. der vorzeitigen Rückzahlung des eingebrachten Gutes der Ehefrau dient (siehe § 1421 BGB.), wird in der Regel die Annahme der Benachteiligungsabsicht zutreffend sein. Der Beweis der Nichtkenntnis der Absicht (§ 3 Ziff. 2 AnfG.) darf dem Abtretungsempfänger, hier z. B. der Ehefrau, nicht erleichtert werden.

Wo die Lohnabtretung materiell den Tatbestand der anfechtbaren Rechtshandlung erfüllt, wird sie sich in der Regel auch als eine sittlich verwerfliche Handlung im Sinne des § 826 BGB. darstellen, so daß dem Gläubiger die Wahl bleibt, ob er den Zessionar aus §§ 3, 7 AnfG. oder aus § 826 BGB. in Anspruch nehmen will.

Schwierigkeiten bei der Umwandlung

Von Amtsgerichtsrat Dr. Karl-August Crisolli, Berlin

Die neue Regelung des Umwandlungrechts durch die VO. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262) hat die Umwandlung in vielen Punkten sehr erheblich erleichtert, sie enthält aber auch manche Schwächen, die nicht wenige Beteiligten von einer Umwandlung abhalten. Jedenfalls sind die Umwandlungen nicht in dem Umfange vorgenommen worden, den die Registergerichte erwarteten. Dies mag zu einem erheblichen Teil daran liegen, daß die in Aussicht gestellte Neuregelung des Steuerrechts bei der Umwandlung bisher nicht erfolgt ist. Das bisherige Ausbleiben der steuerlichen Neuregelung ist aber — wie zahlreiche Rücksprachen bei den Registergerichten zeigen — nicht die alleinige Ursache, sondern manche Regelungen des Umwandlungsrechts werden in der Praxis als drückend und hinderlich empfunden. Besonders auffällig ist, daß die vielen Grundstücksgesellschaften — in Berlin sind etwa 1/3 aller GmbH. Grundstücksgesellschaften — nur dann, und auch dann nur selten, von der Umwandlung Gebrauch machen, wenn sich die GmbH.-Anteile in einer Hand befinden.

Die Schwierigkeiten, die die Praxis von der Vornahme der Umwandlung abzuhalten scheinen, bestehen in erster Linie in der Bestimmung, daß die Umwandlung nach §§ 1—2 DurchfVO. bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes in eine BGB.-Gesellschaft zu erfolgen hat. Ferner hat die Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter nach § 6 Abs. 2 DurchfVO. zu erheblichen Schwierigkeiten in der praktischen Durchführung geführt.

Die von den §§ 1—2 DurchfVO. geforderte Umwandlung in eine BGB.-Gesellschaft wird in der Praxis in doppelter Hinsicht als eine erhebliche Erschwerung empfunden, je nachdem, ob das von der Kapitalgesellschaft betriebene Unternehmen gewerblicher Art ist oder ob es sich um eine reine Grundstücksgesellschaft handelt.

Betreibt die Kapitalgesellschaft ein gewerbliches — aber nicht ein vollkaufmännisches — Unternehmen, so ist die Umwandlung in eine BGB.-Gesellschaft unumgänglich mit dem Verlust des Firmenrechts verbunden (vgl. Crisolli: JW. 1935, 174). Dieser Verlust wird für die Beteiligten oft sehr schwere wirtschaftliche Folgen haben und sie an der Umwandlung hindern. Besonders schwer wird dieser Verlust dann empfunden werden, wenn die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft lange Jahre ein vollkaufmännisches Unternehmen betrieb und nur in der letzten Zeit aus Gründen der Konjunkturschwankungen in seinem Umfange auf ein minderkaufmännisches Unternehmen herabgesunken ist. Die Beteiligten werden in diesen Fällen meist die feste Überzeugung haben, daß sich auch ihr Unternehmen im Hinblick auf den Wiederanstieg unserer Wirtschaft in kurzer Zeit wieder so heben wird, daß es wieder ein vollkaufmännisches Unternehmen wird. Die Beteiligten sehen es daher als eine Härte an, daß ihr Unternehmen von seinem „augenblicklichen" Tiefstande aus beurteilt wird, und daß von ihnen aus dieser Beurteilung heraus eine Umwandlung in eine BGB.-Gesellschaft mit dem Firmenrechtsverlust gefordert wird. Sie werden daher in nicht wenigen Fällen statt der Umwandlung lieber die steuerliche Mehrbelastung der juristischen Person wählen und die Umwandlung unterlassen.

Gerade die Fälle, in denen ein kleineres Unternehmen mit geringerem Umfange vorliegt, sollen aber nach der Absicht des Gesetzgebers (vgl. die amtliche Begründung des UmwandlG. in Deutsche Justiz 1934, 883) von der Umwandlung Gebrauch machen.

Um diese Härte des Umwandlungsrechts möglichst zu beheben und dem Willen des Gesetzgebers zur praktischen Durchführung zu verhelfen, ist zu fordern, daß die Registergerichte und die von ihnen in der Regel um ein Gutachten über die Vollkaufmannseigenschaft nach § 126 RFGG. ersuchten Organe des Handelsstandes an das Erfordernis der Vollkaufmannseigenschaft keine allzu großen Anforderungen stellen. Selbst wenn das Unternehmen der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft im Augenblick der Umwandlung nicht ganz vollkaufmännisch sein sollte, so erscheint es trotzdem richtig, die Vollkaufmannseigenschaft zu bejahen, wenn die Hoffnung der Betriebshebung irgendwie begründet erscheint. Denn dem anzustrebenden Ziel der Umwandlung steht kein nennenswerter Nachteil gegenüber. Erweist sich nämlich die bei der Beurteilung in Rechnung gestellte Hoffnung auf Betriebshebung in Zukunft wider Erwarten als trügerisch, so kann ja die Löschung der im A-Register eingetragenen OHG. oder KommGes. erfolgen. Allerdings erscheint es richtig, die Beteiligten auf die vielleicht in Zukunft bei Nichteintreffen der erhofften Betriebshebung erfolgende Löschung der OHG. oder KommGes. vor Eintragung der Umwandlung hinzuweisen, damit sich diese über die Folgen ihrer Handlungen klar sind.

Nur wenn sich bei Nichtvorliegen der Vollkaufmannseigenschaft die von den Beteiligten geltend gemachte Hoffnung auf Betriebshebung von vornherein als aus der Luft gegriffen erweist, ist die Umwandlung in eine BGB.-Gesellschaft zu fordern. Wenn die Beteiligten darauf die Umwandlung unterlassen, so wird der Registerrichter guttun, die Gesellschaft im Auge zu behalten und nach Ablauf einer längeren Zeitspanne — etwa 1 Jahr — nachzuprüfen, ob nicht die Voraussetzungen

einer Löschung der Gesellschaft nach § 2 des Ges. v. 9. Dez. 1934 (RGBl. I, 914) vorliegen, da erfahrungsgemäß die kleinen GmbH. mit dem Umfange eines Minderkaufmannsunternehmens über kurz oder lang vermögenslos werden.

Hervorgehoben muß werden, daß die vorstehenden Ausführungen auf Gesellschaften mit einem handwerklichen Unternehmen keine Anwendung zu finden haben, da diese selbst bei einem großen Umfange ihres Unternehmens nach § 4 HGB. niemals als Vollkaufleute anzusehen sind (vgl. Groschuff: JW. 1934, 3030).

Das gesetzliche Erfordernis der Umwandlung in eine BGB.-Gesellschaft führt bei Vorliegen einer sog. Grundstücksgesellschaft zu erheblichen Schwierigkeiten, die den Hauptgrund bilden dürften, daß diese Gesellschaften bisher die Umwandlung nur in ganz beschränktem Umfange vorgenommen haben.

Man hat in den vergangenen Jahren die Grundstücksgesellschaften außer aus steuerlichen Gründen vor allem deshalb gegründet, weil die Beteiligten ihr Grundstücksvermögen in der Form der GrundstücksGmbH. für bedeutend leichter verwertbar hielten. Man ist in der Praxis der Ansicht gewesen, daß das Grundstücksvermögen der Beteiligten durch die Einführung der Rechtsform der GmbH. gleichsam „mobilisiert" würde. Während die Übertragung des Grundstückseigentums oder eines Miteigentumsanteils an die notarielle Beurkundung (§ 313 BGB.) und die Eintragung (§§ 873, 925 BGB.) gebunden ist, bedarf die Übertragung der GmbH.-Anteile nur der notariellen Beurkundung (§ 15 GmbHG.). Die grundbuchliche Übertragung, die evtl. noch „spitzfindigen" richterlichen Beanstandungen mit allen möglichen Nachweisen unterliegt, dauert erfahrungsgemäß im Durchschnitt eine geraume Zeit, während die Übertragung der GmbH.-Anteile durch einen Rechtsakt schnell erledigt wird. Auch die Verpfändung der GmbH.-Anteile wurde in der Praxis durchschnittlich als bedeutend leichter und schneller durchführbar angesehen als eine Hypothekenbestellung.

Unter Berücksichtigung dieser Gründe der Errichtung der Grundstücksgesellschaften ist die bei den Grundstücksgesellschaften, die niemals ein vollkaufmännisches Unternehmen nach den §§ 1—3 HGB. betreiben, erforderliche Umwandlung in eine BGB.-Gesellschaft als eine wenig glückliche gesetzliche Lösung.

Die BGB.-Gesellschaft ist eine in der Praxis fast unbekannte Rechtsinstitution. Infolgedessen werden die Gesellschafter einer GmbH. eine Umwandlung in eine solche ihnen nicht geläufige Gesellschaftsform im Durchschnitt zu meiden suchen.

Bei der BGB.-Gesellschaft ist das Ausscheiden eines Gesellschafters und der Eintritt eines neuen Gesellschafters nach § 717 BGB. ausgeschlossen. Die Rechtsprechung (vgl. RG.: LZ. 21, 617) hat aber angenommen, daß diese Gesetzesvorschrift vertraglich abänderbar ist. Die eine Umwandlung einer GrundstücksGmbH. vornehmenden Notare werden daher den Beteiligten raten, bei der Umwandlung einen Gesellschaftsvertrag der BGB.-Gesellschaft zu errichten, in dem ein Wechsel der Gesellschafter erlaubt wird. Selbst wenn aber vertraglich eine Übertragung der BGB.-Gesellschafteranteile gestattet ist, so wird eine solche Übertragung praktisch im Durchschnitt ziemlich ausgeschlossen sein, weil sich bei der Unkenntnis der Wirtschaft über die Rechtsinstitution der BGB.-Gesellschaft selten ein Erwerber finden wird, der in eine BGB.-Gesellschaft eintreten will. Statt der als leicht verwertbar angesehenen GmbH.-Anteile werden die Gesellschafter also durch die Umwandlung in eine Gesellschaftsform gedrängt, die praktisch einen Ausschluß der Veräußerung ihrer Gesellschafterrechte in sich trägt. Dies wird die Beteiligten in erheblichem Maße hindern, die Umwandlung vorzunehmen, weil sie ja gerade die GmbH. zwecks Erleichterung der Veräußerung ihrer Rechte gewählt haben.

Vor allem ist mit der BGB.-Gesellschaft die Gesamthand verbunden. Durch die Gesamthand wird dem einzelnen Gesellschafter jede Verfügung über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen entzogen (§ 719 BGB.). Die Rechtsprechung hat es aber für zulässig erklärt, daß der Gesellschaftsvertrag die Verfügungen der einzelnen Gesellschafter über ihren Anteil im ganzen — aber nicht über einzelne zum Gesellschaftsvermögen gehörige Gegenstände — erlaubt (RG. II 33/18 v. 26. April 1918). Hiernach können die BGB.-Gesellschafter nur zusammen über das ihnen als Gesamthänder gehörige Grundstück verfügen, es z. B. belasten. Alle Gesellschafter müssen jeder Verfügung über das Grundstück zustimmen. Der Gesellschafter mit dem kleinsten Anteil kann daher jede Belastung oder Veräußerung des Grundstücks verhindern. Kein Gesellschafter kann für seinen „Anteil an dem Grundstück" eine Hypothek bestellen, kann seinen „Anteil an dem Grundstück" veräußern. Er kann nur, falls der Gesellschaftsvertrag eine Anteilsveräußerung erlaubt, seinen Anteil im Ganzen veräußern oder ihn nach § 1274, nicht nach § 1280 BGB. (vgl. RG. 57, 414), verpfänden. Eine derartige Verpfändung wird sich aber kaum praktisch durchführen lassen, weil sich — wie bereits oben hervorgehoben — bei der Unkenntnis der Wirtschaft über die Rechtsinstitution der BGB.-Gesellschaft kaum ein Pfandgläubiger finden wird.

Hervorgehoben sei, daß die Umwandlung der BGB.-Gesellschaft in ein Miteigentum unter denselben Beteiligten stets die mit Kosten verbundene Auflassung und Eintragung nach sich zieht (RG. 68, 417; 76, 413).

Die durch die Gesamthand hervorgerufene überaus starke Bindung der Beteiligten aneinander wird ein weiteres Hemmnis der Umwandlung bilden. Denn durch die Gesamthand wird die Verfügungsmöglichkeit über das Grundstück, das durch die GmbH.-Gründung doch gerade „mobilisiert" werden sollte, bedeutend erschwert.

Es wäre daher begrüßenswert, wenn der Gesetzgeber für die zahlreichen Grundstücksgesellschaften, bei denen gerade eine Umwandlung am Platze erscheint (vgl. Crisolli, NSHandbuch für Recht und Gesetzgebung S. 1168), statt der Umwandlung in die hemmende BGB.-Gesellschaft eine Umwandlung in eine Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 742 ff. BGB. vorschreiben würde. Bei einer solchen kann nämlich jeder Miteigentümer unabhängig von den anderen über seinen Miteigentumsanteil verfügen, ihn z. B. veräußern (§ 747 BGB.) oder mit einer Hypothek belasten (§ 1114 BGB.).

Solange der bisherige gesetzliche Zustand bestehen bleibt, werden die eine Umwandlung von Grundstücksgesellschaften, bei der mehrere Gesellschafter beteiligt sind, beurkundenden Notare sich zu überlegen haben, ob sie den Beteiligten nicht statt der Umwandlung die Liquidation der Kapitalgesellschaft und die Übertragung des Grundstücks auf die Gesellschafter als Miteigentümer zu raten haben. Dieser Weg ist zwar langwieriger und etwas kostspieliger — wegen des Ausfalls der Gesamtrechtsnachfolge ist eine Auflassung und Eintragung der Rechtsänderung erforderlich —, durch ihn wird aber die einengende Bindung der Gesamthand der BGB.-Gesellschaft vermieden, die auf die Dauer doch zu einer Umwandlung in eine Bruchteilsgemeinschaft und damit zu den Kosten der Auflassung und Eintragung führen wird. Steuerlich steht die Umwandlung der Liquidation mit anschließender Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf die Gesellschafter gleich (vgl. § 2 UmwandlStG. v. 5. Juli 1934, RGBl. I, 572).

Die Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter nach § 6 Abs. 2 DurchfVO. hat in ihrer praktischen Durchführung zu erheblichen Schwierigkeiten geführt. Nach § 6 Abs. 2 ist es nämlich erforderlich, daß der $^9/_{10}$ des Grundkapitals der Kapitalgesellschaft besitzende Hauptgesellschafter allein der Umwandlung zustimmt. Hieraus ergibt sich, daß, falls die Mitgesellschafter die Umwandlung nicht ablehnen, sondern auch ihr zustimmen, eine Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter ausgeschlossen ist. Dann ist nur eine Umwandlung durch Errichtung einer zwischen den Zustimmenden zu errichtenden Personalgesellschaft (OHG., KommGes. oder BGB.-Gesellschaft) möglich (Crisolli: JW. 1935, 174 ff.; vgl. Quassowski bei Pfundtner-Neubert, II b 29 S. 16). Das Wort „allein" in § 6 Abs. 2 DurchfVO. schließt eine andere Gesetzesauslegung aus, nach der auch bei Zustimmung der Mitgesellschafter eine Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter zulässig ist. Die vor-

getragene Ansicht steht auch mit dem Grundgedanken des Umwandlungsrechts, daß kein Gesellschafter der Kapitalgesellschaft gegen seinen Willen von einer Beteiligung an der umgewandelten Gesellschaft ausgeschlossen werden darf, im Einklang.

Die von der Praxis zunächst auf das lebhafteste begrüßte Neueinführung der Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter hat in ihrer Durchführung die Folge gehabt, daß einzelne Mitgesellschafter mit geringer Gesellschaftsbeteiligung ihre Position zu einer Art Erpressung auszunutzen versuchen. Sie erklären nämlich, daß sie der Umwandlung zustimmen, wenn ihnen für ihre Ablehnung nicht der mehrfache Betrag ihrer Beteiligung geboten wird. Sie hoffen nämlich, daß dem Hauptgesellschafter — es handelt sich dabei oft um Grundstücksgesellschaften — die Bildung einer BGB.-Gesellschaft lästig sein wird, weil er dann zu jeder Verfügung über das Grundstück der Zustimmung des Mitgesellschafters bedarf. Besonders aussichtsreich wird dem Mitgesellschafter seine Rechtslage dann erscheinen, wenn der Hauptgesellschafter eine juristische Person ist. Hier bedarf nämlich die Umwandlung durch Vermögensübertragung auf den Hauptgesellschafter nicht der Zulassung durch den RJM., während die Umwandlung durch Errichtung einer Personalgesellschaft einer solchen Zulassung unterliegt (§§ 10, 11 DurchfVO.).

Es wäre sehr begrüßenswert, wenn der Gesetzgeber hier eingriffe und diesen Mitgesellschaftern ihr eigensüchtiges Vorgehen verlegte. Da es sich bei den meisten Fällen des Hauptgesellschafters um Grundstücksgesellschaften handelt, dürfte die bereits oben für wünschenswert erklärte Gesetzesreform der Einführung der Umwandlung in eine Bruchteilsgemeinschaft für die Grundstücksgesellschaften eine erhebliche Besserung der Rechtslage nach sich ziehen. Denn der Mitgesellschafter wird sich sehr genau überlegen, ob er an der Bruchteilsgemeinschaft mit dem ihm zustehenden minimalen Bruchteil beteiligt werden will oder ob er nicht lieber unter Ablehnung der Umwandlung die ihm dann nach § 5 DurchfVO. zustehende Abfindung wählen will. Mit seinem minimalen Bruchteil von z. B. $^1/_{100}$ Grundstücksmiteigentum wird er in der Regel kaum etwas anfangen können, da er für eine derartig geringe Grundstücksbeteiligung keinen Käufer, geschweige denn einen Hypothekar finden wird. Für den Hauptgesellschafter dagegen wird die minimale Mitbeteiligung des Mitgesellschafters an der Bruchteilsgemeinschaft von geringer Bedeutung sein. Wenn er über $^{99}/_{100}$ des Grundstücks verfügen kann, so wird er für diese Grundstücksbeteiligung fast genau so gut wie für das Gesamteigentum einen Käufer bzw. Hypothekar finden. Auch kann er kraft der Größe seiner Anteile die Verpachtung oder Vermietung des Grundstücks durch „Mehrheitsbeschluß" regeln (§ 745 BGB.). Auch wenn der Hauptgesellschafter eine juristische Person ist, würde eine Umwandlung in eine Bruchteilsgemeinschaft auf keine Schwierigkeit stoßen, weil in derartigen Fällen, in denen ein Mitgesellschafter aus eigensüchtigen Motiven die Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter verhindern will, einer Zulassung der deshalb zu bildenden Personalgesellschaft sicherlich keine Hinderungsgründe entgegenstehen werden. Hervorgehoben sei, daß das Zulassungsverfahren nach den Erfahrungen der Registergerichte bei den Firmenzulassungen nach § 12 DurchfVO. außerordentlich schnell vor sich geht.

Zu erwägen ist, ob nicht eine Gesetzesänderung empfehlenswert ist, durch die dem Hauptgesellschafter gestattet wird, bei Vorhandensein eines gering beteiligten Mitgesellschafters oder einer Reihe von solchen, die zusammen z. B. $^1/_{20}$ des Grundkapitals besitzen, durch seinen „Mehrheitsbeschluß" die Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf sich zu beschließen, auch wenn die Mitgesellschafter der Umwandlung zustimmen. Durch eine derartige Gesetzesänderung wird zwar in das oben bezeichnete Grundprinzip des Umwandlungs- und des Gesellschaftsrechtes eingegriffen, weil die Mitgesellschafter dadurch gegen ihren Willen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Ein derartiger Eingriff erscheint aber durchaus tragbar, weil dadurch einerseits die gesamtwirtschaftlich begrüßenswerte Umwandlung gegenüber eigensüchtigen Interessen gefördert und der nationalsozialistischen Rechtsanschauung, auf der das gesamte Umwandlungsrecht beruht, gedient wird, und andererseits den Mitgesellschaftern kein nennenswerter Schaden entsteht, weil sie ja für ihr Ausscheiden nach § 5 DurchfVO. angemessen entschädigt werden. Ohne eine derartige Gesetzesänderung können volkswirtschaftlich und rechtsanschaulich notwendige Umwandlungen durch eigensüchtige Mitgesellschafter sehr erschwert werden. Dem Verfasser ist z. B. folgender Fall bekannt. Bei einem Unternehmen besitzt der Hauptgesellschafter 99,975%, ein Mitgesellschafter besitzt 0,035% des Grundkapitals. Dieser lehnt die Umwandlung durch Errichtung einer OHG. oder KommGes. zwischen ihm und dem Hauptgesellschafter ab. Seine Ablehnung der Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter und damit die Ermöglichung der Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter nach § 6 Abs. 2 DurchfVO. macht er davon abhängig, daß er den fünfzigfachen Betrag seiner Beteiligung erhält, trotzdem höchstens der doppelte Betrag angemessen wäre. Eine Umwandlung in eine OHG. oder KommGes. durch Mehrheitsbeschluß nach § 4 DurchfVO. ist ausgeschlossen, da ein zweiter Gesellschafter außer ihm nicht vorhanden ist. Der Hauptgesellschafter muß also, wenn er ohne Befriedigung der erpresserischen Forderung die Umwandlung vornehmen will, einen Betrag seines Aktienbetrages an einen Dritten abtreten. Mit diesem Erwerber kann er dann die Umwandlung durch Errichtung einer OHG. oder KommGes. zwischen ihm und dem Erwerber auch gegen den Willen des eigensüchtigen Mitgesellschafters durch Mehrheitsbeschluß vornehmen.

Solange aber die gewünschten Rechtsänderungen nicht vorgenommen sind, müssen sich die Hauptgesellschafter überlegen, ob sie den eigensüchtigen Interessen der Mitgesellschafter nicht im Wege der Liquidation und der Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die Gesellschafter als Miteigentümer begegnen können. Der Hauptgesellschafter ist durch seine Stimmenmehrheit ja in der Lage, jederzeit die Liquidation zu beschließen. Der Weg der Liquidation ist zwar langwieriger und kostspieliger, nimmt aber dem Mitgesellschafter die Aussicht auf eine erfolgreiche Durchführung seiner eigensüchtigen Interessen.

Die neuen steuerlichen Erleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften

Von E. Kaemmel, Oberregierungsrat im Reichsfinanzministerium

Die Frage nach den steuerlichen Folgen der Umformung von Beteiligungen ist eine von jenen Fragen, die Theoretiker und Praktiker bei aller Erfahrung nicht gern und vor allen Dingen nicht abschließend beantworten mögen. Woran liegt das? Die schnelle Übersicht wird auch für den, der in dieser Spezialmaterie zu Hause ist, durch die Schwierigkeit und die Undurchsichtigkeit der steuerlichen Verhältnisse erschwert. Fast immer werden durch die Umformung von Beteiligungen auf dem Gebiete fast aller Steuerarten steuerliche Folgen ausgelöst, und es gehört eine mehr als alltägliche Vertrautheit mit der Steuergesetzgebung und eine mehr als übliche Geschicklichkeit und Gewandtheit dazu, um die zahlreichen Zweifelsfragen einigermaßen zutreffend beantworten zu können. Diese Undurchsichtigkeit und Schwierigkeit der Materie ist nicht etwa auf die Unzulänglichkeit der gesetzlichen Regelung oder auf das Unvermögen oder Unverständnis des Gesetzgebers zurückzuführen, sondern ergibt sich aus der Komplikation unserer wirtschaftlichen Verhältnisse, die primitive Besteuerungsformen

ausschließt, und aus dem Widerstreit der Interessen, die jede Umformung von Beteiligungen auslöst.

Der Gesetzgeber hat nach einigen zögernden und tastenden Versuchen in den Jahren 1926 und 1931 zum ersten Male durch das Gesetz über Steuererleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 572) — UmwandlStG. — versucht, die steuerlichen Folgen der Umformung von Beteiligungen von einem bestimmten wirtschaftspolitischen Gesichtspunkt aus einheitlich und übersichtlich zu regeln. Unmittelbare Ursache für den Erlaß dieses Ges. war das UmwandlG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569), das im Rahmen einer größeren Aktion der Reichsregierung bestimmt war, die Rückkehr von den anonymen Betriebsformen zu der Betriebsform der Personalgesellschaft und des Einzelunternehmens zu fördern und damit, den nationalsozialistischen Grundsätzen entsprechend, die Verantwortlichkeit des Unternehmers im Wirtschaftskampf auch auf dem Gebiet der Verfassung des Unternehmens zum Ausdruck zu bringen. Das UmwandlG. v. 5. Juli 1934 ermöglicht unter der Bezeichnung „Umwandlung" die Umformung von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften in Personalgesellschaften oder Einzelunternehmen unter weitgehenden handelsrechtlichen Erleichterungen. Steuerliche Vorschriften enthält dieses Gesetz nicht. Ohne weitgehende steuerliche Erleichterungen ist aber die Zurückführung von Unternehmen aus dem Stande der anonymen Betriebsform in den Stand der Personalgesellschaft oder des Einzelunternehmens auch bei bestem Willen der Unternehmerschaft nicht oder nur schwer möglich, da im Rahmen des Steuersystems Umwandlungs- und Umformungsakte bei Kapitalgesellschaften auf dem Gebiete fast aller Steuerarten mit so hohen Steuern belegt sind, daß die Durchführung derartiger Umbildungen meist schon an der Steuerfrage scheitern würde.

Das UmwandlStG. v. 5. Juli 1934 hat daher — und zwar technisch in Form eines RahmenG. — die Gewährung von Steuererleichterungen bei fast allen hier in Betracht kommenden Steuerarten vorgesehen (Gesellschaftsteuer, Grunderwerbsteuer, Wertzuwachssteuer, Gewerbeanschaffungssteuer, Umsatzsteuer, Einkommensteuer, Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer), und zwar nicht nur für die Fälle der Umwandlung nach dem UmwandlG., sondern auch für die Fälle der Auflösung.

Der Rahmen im einzelnen ist zunächst durch die 1. DurchfVO. v. 7. Juli 1934 (RGBl. I, 595) ausgefüllt worden, und damit sind wir gleich im Bereich der Schwierigkeiten, die sich bei der steuerlichen Behandlung der Umwandlung und Auflösung ergeben. Wohl waren in der 1. DurchfVO. für eine Reihe von Steuern nicht nur Ermäßigungen, sondern vollständige Befreiungen vorgesehen (Gesellschaftsteuer, Umsatzsteuer), wohl war bei der Grunderwerbsteuer und der Wertzuwachssteuer usw. in Anlehnung an die bisher bei der Auflösung von Kapitalgesellschaften gewährten Vergünstigungen die Steuerlast weitgehend erleichtert worden — aber die Gewährung von Steuervergünstigungen auf dem Gebiete der Einkommensteuer und Körperschaftsteuer war nicht voll ausreichend. Zwar war technisch alles in Ordnung, jedoch das Ausmaß der Steuervergünstigung gewährte nicht immer den erforderlichen Anreiz zur Umwandlung oder Auflösung, und dies machte sich um so empfindlicher bemerkbar, als die Körperschaftsteuer und Einkommensteuer die am meisten ins Gewicht fallenden steuerlichen Spesen bei der Auflösung und Umwandlung von Kapitalgesellschaften bilden. Die Schwierigkeiten, die sich hier der von der Reichsregierung gewünschten Auflösung und Umbildung von Kapitalgesellschaften bisher entgegenstellten, sind jetzt durch die 2. DurchfVO. v. 8. März 1935 (RGBl. I, 354) beseitigt worden.

Abgesehen von der hier durchgeführten materiell sehr schwerwiegenden Erleichterung der Umwandlung oder Auflösung, bringt die 2. DurchfVO. eine Angleichung an den Rechtszustand, wie er durch die DurchfVO. zum UmwandlG. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262) geschaffen worden ist. Die Angleichung an diesen neuen Rechtszustand war nicht ganz so einfach, wie es der Leser der 2. DurchfVO. vermuten mag. Die DurchfVO. v. 14. Dez. 1934 hatte die im UmwandlG. v. 5. Juli 1934 gegebenen Umwandlungstatbestände nach verschiedenen Richtungen erweitert, und zwar in der Hauptsache einmal durch die Einbeziehung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (BGB.-Gesellschaft) unter die Personalgesellschaften (§§ 1, 2 VO. v. 14. Dez. 1934) und sodann durch die Möglichkeit der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft durch Mehrheitsbeschluß und durch Übertragung auf den Hauptgesellschafter (§§ 3 ff. DurchfVO. v. 14. Dez. 1934). Endlich war noch eine alte Streitfrage, nämlich die Anwendung der Umwandlungsvorschriften auf Kapitalgesellschaften, die sich am 1. Juli 1934 bereits in Liquidation befanden, durch den § 7 dieser DurchfVO. geklärt worden. Für das Steuerrecht hatte der Erlaß der DurchfVO. v. 14. Dez. 1934 zur Folge, daß die 1. DurchfVO. zum UmwandlG., die sich in der Begriffsentwicklung und Begriffsverwendung ganz eng an das UmwandlStG. v. 5. Juli 1934 angeschlossen hatte, in dieser Form nicht mehr zu halten war. Ergänzungen der 1. DurchfVO. und der Erlaß einer NachtragsVO. hätten Abhilfe nicht geschaffen, sondern nur Rechtsunsicherheit zur Folge gehabt. Freilich mußte beim Erlaß der 2. DurchfVO. infolge der Erweiterung der Tatbestände die für alle Beteiligten so wichtige Einheitlichkeit und Einfachheit der Begriffsbezeichnung in manchen Fällen geopfert werden. So mußte man aus durchaus verständlichen Erwägungen darauf verzichten, den in der Steuergesetzgebung eingebürgerten und gern verwendeten Ausdruck „Kapitalgesellschaften" in die 2. DurchfVO. zu übernehmen, da der Kreis der Kapitalgesellschaften bei der Umwandlung sich von dem Kreis der Kapitalgesellschaften bei der Auflösung steuerlich unterschied (bei der Umwandlung: AktG., KommGes. a. A., GmbH. — bei der Auflösung AktG., KommGes. a. A., GmbH. und bergrechtliche Gewerkschaften). Dies nötigte dazu, in ähnlicher Form wie im UmwandlG. v. 5. Juli 1934 die genannten steuerlichen Erleichterungen erst für die Fälle der Umwandlung und Auflösung einer AktG. darzustellen und sodann am Schluß die Anwendung auf andere Gesellschaften expressis verbis auszusprechen (vgl. §§ 1, 2, 11 der 2. DurchfVO.). Von der näheren Darstellung einer Reihe weiterer mehr formeller Änderungen (wie z. B. § 9 der 2. DurchfVO.) kann in diesem Zusammenhang abgesehen werden, denn das eigentliche Haupt- und Kernstück der 2. DurchfVO. bildet die Neuregelung der steuerlichen Erleichterungen bei der Einkommensteuer und Körperschaftsteuer.

Bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften kommt in Frage auf dem Gebiete der Körperschaftsteuer die Liquidationssteuer (§§ 14, 15 KörpStG. 1934, früher § 18 KörpStG. 1925) und auf dem Gebiete der Einkommensteuer die Einkommensteuer vom Veräußerungsgewinn bei der Veräußerung wesentlicher Beteiligungen (§ 17 EinkStG. 1934, früher § 30 Abs. 3 EinkStG. 1925) sowie in gewissen seltenen Fällen Einkommensteuer vom gewerblichen Gewinn (nämlich wenn die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft zum Betriebsvermögen des Gesellschafters gehört). Liquidationsgewinn und Veräußerungsgewinn bei der Veräußerung von Beteiligungen sind ihrem Wesen nach Realisierungen von Vermögenszuwächsen und wären eigentlich im Rahmen einer Vermögenszuwachssteuer zu besteuern. Wenn das deutsche Einkommensteuersystem sich ebenso wie fast alle ausländischen Steuersysteme dazu entschlossen hat, die Liquidationsgewinne sowohl bei der Körperschaftsteuer wie bei der Einkommensteuer zu erfassen, so ist dies veranlaßt und gerechtfertigt durch die Erwägung, daß sonst durch Bildung steuerlich zulässiger stiller Reserven erhebliche Einkommensteile der Einkommenbesteuerung entzogen werden können. Die Besteuerung derartiger Liquidationsgewinne schließt also systematisch eine Lücke im Einkommensteuer- und Körperschaftsteuerrecht. Es liegt auf der Hand, daß die Unterstellung des Liquidationsgewinns unter die Körperschaftsteuer bei einem Körperschaftsteuertarif von 20% und die Unterstellung des Veräußerungsgewinns bei der Veräußerung wesentlicher Beteiligungen unter die Einkommensteuer bei Einkommensteuersätzen von 10 bis 35% (§ 34 EinkStG. 1934) hinsichtlich der Umwandlung und Auflösung von Gesellschaften schlechthin prohibitiv wirkt. Der

Gesetzgeber hatte auch bereits in der 1. DurchfVO., und zwar im gewissen Umfang in Anlehnung an die frühere Regelung in der AufteilungsVO. v. 8. Dez. 1931 dem Steuerpflichtigen dadurch Luft zu schaffen versucht, daß bei der Bewertung nicht der gemeine Wert oder Teilwert anzusetzen war, sondern der Wert, wie ihn die letzte Abschlußbilanz der Kapitalgesellschaft auswies. Da der Liquidationsgewinn aber seinem Wesen nach gerade in dem Unterschied zwischen dem gemeinen Wert und dem Buchwert besteht, so führte diese Bestimmung zum Wegfall des steuerpflichtigen Tatbestandes und damit zu einer völligen Freistellung. Hätten die Steuerpflichtigen damit nicht zufrieden sein sollen oder können? Nein, sie waren es nicht, und sie waren es mit Recht nicht. Bei der Übernahme in das Betriebsvermögen der bestehenden oder neuerrichteten Personalgesellschaft oder in das Betriebsvermögen der Gesellschafter mußte ja nach einer bestimmten Zeit bei der Veräußerung der jetzt steuerlich begünstigten Wirtschaftsgüter der Unterschied zutage treten, und zwar unterlagen die Gewinne dann diesmal der Einkommensteuer voll und ohne jede Ermäßigung. Hinzu kam weiter, daß der RFH. im Laufe einer verhältnismäßig eingehenden Rechtsprechung (zu vgl. RStBl. 1931, 831; 1933, 999; 1934, 439, 540) den Grundsatz entwickelte, daß die bloße Umformung von Beteiligungen keine Gewinnrealisierung darstellte und daß mangels einer Gewinnrealisierung weder eine Liquidationssteuer noch eine Einkommensteuer vom Gewinn aus der Veräußerung von wesentlichen Beteiligungen erhoben werden könne. Damit war auch von dieser Seite her die Möglichkeit einer Besteuerung bei der Umformung von Beteiligungen ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluß lag aber, wie bereits oben erwähnt, nicht im Interesse der Steuerpflichtigen, da der Unterschied zwischen Buchwert und gemeinem Wert eines Tages doch erscheinen und dann in vollem Umfange versteuert werden mußte. Ein genügender Anreiz zur Umwandlung oder Auflösung konnte auf dem Gebiete der Einkommensteuer und der Körperschaftsteuer also nur dadurch geschaffen werden, daß dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit gegeben wurde, den Liquidationsgewinn in der Höhe, wie er es wirtschaftlich für die Umwandlung für tragbar oder wünschenswert hielt, zur ermäßigten Liquidations- und Gewinnsteuer heranzuziehen. Diesem Zweck dienen die Vorschriften der §§ 7 und 8 der 2. DurchfVO., die trotz ihrer nicht einfachen Fassung für die Anwendung absolut klare und eindeutige Verhältnisse schaffen. Der Grundgedanke ist folgender:

Für diejenigen Wirtschaftsgüter, die seit dem Ende des Wirtschaftsjahrs 1934 (1933/34) zum Betriebsvermögen der Kapitalgesellschaft gehören und die in das Betriebsvermögen der Personalgesellschaft oder der Gesellschafter übernommen werden, wird bei der Ermittlung des Einkommens für die Körperschaftsteuer Bewertungsfreiheit gewährt. Diese Bewertungsfreiheit ist nach oben nur dadurch begrenzt, daß kein höherer Wert als der sog. Teilwert eingesetzt werden darf. Die aufzulösende oder umzuwandelnde Kapitalgesellschaft oder vielmehr ihre Gesellschafter hat oder haben es mithin in der Hand, die Höhe des Liquidationsgewinns, den sie zur Versteuerung bringen wollen, zu bestimmen. Die Steuer selbst ist auf $^1/_3$ der normalen Körperschaftsteuer bemessen, und zwar nicht in der Form, daß der Steuersatz um $^2/_3$ ermäßigt wird, sondern in der Form, daß die Steuer tarifmäßig berechnet, von ihr aber nur $^1/_3$ erhoben wird. Unberührt von dieser Steuervergünstigung bleibt der Gewinn, der aus der Betriebsgebarung der Kapitalgesellschaft im letzten Wirtschaftsjahr oder im letzten Rumpfwirtschaftsjahr entstanden ist. Dieser Betriebsgewinn muß in vollem Umfang zur Körperschaftsteuer herangezogen und nach den normalen Sätzen versteuert werden.

Für die Einkommensteuer vom Veräußerungsgewinn bei wesentlichen Beteiligungen lag das Problem darin, eine Verbindung zwischen den Werten bei der aufgelösten oder umgewandelten Gesellschaft und den Werten bei der übernehmenden Gesellschaft oder dem übernehmenden Gesellschafter zu finden. Von dieser Verbindung war auf dem Gebiete der Einkommensteuer die Herbeiführung der Besteuerung überhaupt abhängig, da ja nach der Rechtsprechung des RFH. die bloße Umformung von Beteiligungen keine Gewinnrealisierung bedeutet, was die Besteuerung eines Gewinns auch schon begrifflich ausschließt. Die 2. DurchfVO. löst diese Frage dadurch, daß für die Ermittlung des Einkommens bei der Einkommensteuer die übernehmende Gesellschaft oder der übernehmende Gesellschafter genötigt wird, die Werte, die die Kapitalgesellschaft in ihrer Umwandlungs- oder Auflösungsbilanz angesetzt hat, als Ausgangswerte auch für die Ermittlung des Einkommens für die Einkommensteuer zu übernehmen, und zwar ohne Rücksicht auf die Höhe der Anschaffungskosten der Beteiligung. Damit ist die Einkommensteuerpflicht in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen den Anschaffungskosten der Beteiligung und dem Wert, zu dem in das Betriebsvermögen übernommen wird, gegeben. Die Frage, ob eine tatsächliche Gewinnrealisierung erfolgt ist oder nicht, spielt jetzt keine Rolle mehr, da die Gewinnrealisierung infolge der Vorschriften des § 7 der 2. DurchfVO. in der vom Steuerpflichtigen gewählten Höhe vorliegt. Diese Einkommensteuer ist gleichfalls auf $^1/_3$ ermäßigt. Sie wird in keinem Falle nach der Einkommensteuertabelle errechnet und dann etwa auf $^1/_3$ herabgesetzt, sondern sie wird stets — und zwar auch in den Fällen, in denen die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft zum Betriebsvermögen des Gesellschafters gehört — nach den niedrigeren Sätzen des § 34 EinkStG. 1934 (10 bis 35%) festgestellt und dann auf $^1/_3$ ermäßigt.

Die im vorstehenden dargestellte Regelung trifft die Gewinne, die dadurch entstehen, daß Wirtschaftsgüter, die mindestens seit dem Ende des Wirtschaftsjahres 1934 zum Betriebsvermögen der Kapitalgesellschaft gehört haben, in das Betriebsvermögen der Personalgesellschaft oder der übernehmenden Gesellschafter übernommen werden. Die Fälle, in denen Wirtschaftsgüter erst nach diesem Zeitpunkt hergestellt oder beschafft worden sind, sind im § 7 Abs. 2 der 2. DurchfVO. etwas abweichend geregelt. Hier ist Bewertungsfreiheit nicht gegeben, vielmehr ist der Ansatz mit den Werten vorgeschrieben, die nach den allgemeinen Vorschriften des EinkStG. 1934 und KörpStG. 1934 angesetzt werden müssen. Durch diese Vorschrift wird die Bildung stiller Reserven bei Waren, Wertpapieren, Außenständen in den Fällen der Umwandlung und Auflösung verhindert. Besondere Berechnungs- oder Bewertungsschwierigkeiten ergeben sich im Gegensatz zu der früheren Regelung des § 6 der 1. DurchfVO. nicht.

Die Schwierigkeit, die in der Gewährung steuerlicher Vergünstigungen bei der Übernahme von Wirtschaftsgütern der Kapitalgesellschaft im Falle der Auflösung in das Privatvermögen der Gesellschafter liegt, ist durch § 8 der 2. DurchfVO. ebenfalls gelöst. § 8 sieht vor, daß in der Auflösungsbilanz der liquidierenden Kapitalgesellschaft Wirtschaftsgüter, die ins Privatvermögen der Gesellschafter übernommen werden, mit dem gemeinen Wert angesetzt werden. Dadurch entstehen die Liquidationsgewinne und die Liquidationssteuer wird in voller Höhe nach dem KörpStG. angesetzt. Durch den Erlaß des RFM. S 5003 A — 30 III v. 9. März 1935 ist bestimmt, daß bei reinen Grundstücksgesellschaften im Falle des Übergangs von Grundstücken in das Privatvermögen der Gesellschafter die Körperschaftsteuer aus Billigkeitserwägungen allgemein nur in halber Höhe erhoben werden soll. Eine Einkommensteuer vom Gewinn bei der Veräußerung der wesentlichen Beteiligungen wird in keinem Fall erhoben.

Überblickt man die im vorstehenden dargestellte Regelung, so wird man sagen können, daß es jetzt gelungen ist, von der steuerlichen Seite hier den notwendigen Anreiz für die Umformung der Kapitalgesellschaften und die Rückkehr zu den zweckmäßigeren Organisationsformen der Personalgesellschaft und des Einzelunternehmens zu geben. Aufgabe der Praxis wird es jetzt sein, die Absichten des Gesetzgebers in die Wirklichkeit zu überführen.

Behandlung von Aufwertungsforderungen im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren

Aufgewertete Forderungen können, soweit die Aufwertung 25% des Goldmarkbetrages nicht übersteigt, oder wenn nicht der Nennbetrag als Goldmarkbetrag der Aufwertung zugrunde gelegt ist, im Entschuldungsverfahren nach der Osthilfegesetzgebung und der Gesetzgebung über die landwirtschaftliche Schuldenregelung nicht gekürzt werden. Als aufgewertete Forderungen gelten nur die Forderungen, die bei der Eröffnung des Sicherungsverfahrens oder bei der Stellung des Entschuldungsantrages nach der Osthilfe oder bei der Eröffnung des Schuldenregelungsverfahrens dem ursprünglichen Aufwertungsgläubiger oder den in § 3 AufwG. genannten Personen zustanden (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 OsthAbwVO. vom 21. Dez. 1934; § 30 Abs. 1 Nr. 7 SchRG. i. Verb. m. Art. 28 Abs. 2 der 6. DurchfVO. z. SchRG.).

Aufwertungsforderungen, die nicht durch ein mündelsicheres Grundpfandrecht gesichert sind, können, soweit sie unkündbar sind, auf Antrag des Gläubigers im Schuldenregelungsverfahren in bar abgelöst werden, wenn der Gläubiger kein Kreditinstitut ist und ihm nach Lage des Falles auch die Abfindung mit Ablösungsschuldverschreibungen nicht zugemutet werden kann (§ 18 Abs. 2 SchRG.).

Aufwertungsforderungen, die durch ein mündelsicheres Grundpfandrecht gesichert sind, werden nach § 84 SchRG. in unkündbare Tilgungsforderungen umgewandelt, soweit sie es noch nicht sind. Für Aufwertungsforderungen, die bereits unkündbare Tilgungsforderungen sind oder in solche umgewandelt werden, beträgt der Zinssatz 4% jährlich (§ 83 Abs. 1, § 84 Nr. 1 SchRG. in der Fass. des 2. Ges. zur Ergänzung des SchRG. vom 17. Okt. 1934), während nach § 1 Abs. 2 Zinserleichterungs-VO. v. 27. Sept. 1932 — RGBl. I, 480 — Aufwertungsforderungen nur dann im Zinssatz gesenkt wurden, wenn sie Tilgungsforderungen waren. Der bisherige Tilgungssatz bleibt grundsätzlich unverändert. Jedoch kann er bei Aufwertungsforderungen, die bereits unkündbare Tilgungsforderungen sind, unter Umständen nach § 83 Abs. 3 SchRG. auf ½% herabgesetzt werden, während er bei Aufwertungsforderungen, die in unkündbare Tilgungsforderungen umgewandelt werden, nach § 84 SchRG. zwischen ½% und 5%, ohne Zustimmung des Schuldners jedoch nicht höher als auf ½% festgesetzt werden kann.

Der Gläubiger einer mündelsicheren Aufwertungsforderung kann nach §§ 83 Abs. 2, 84 Nr. 3 SchRG. die Ablösung seiner Forderung von einer Grundkreditanstalt gegen Gewährung von Schuldverschreibungen in Höhe des Nennbetrages der Forderung oder nach Art. 41 der 6. DurchfVO. z. SchRG. gegen Gewährung von Schuldverschreibungen der Rentenbank-Kreditanstalt verlangen. Ist Gläubigerin der Aufwertungsforderung eine Grundkreditanstalt, die auf Grund von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden oder Reallasten Schuldverschreibungen ausgegeben hat, so kann sie eine derartige Ablösung nicht verlangen (Art. 40 der 6. DurchfVO. z. SchRG.).

Die Vorschriften über die Umwandlung, Zinsherabsetzung, Tilgung und Ablösung von Aufwertungsforderungen gelten auch für das Osthilfeverfahren entsprechend (§ 100 i. Verb. m. §§ 83, 84 SchRG., § 17 Nr. 3 OsthAbwVO.).

RegR. Fritz Nonhoff, Berlin.

Schrifttum

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Fall erfolgen

Deutsche Verwaltung. Organ der Fachgruppe Verwaltungsjuristen des BNSDJ. Nr. 1 (Jan. 1935) Jahrg. 12. Erscheint monatlich. Bezugspreis vierteljährlich 1,25 *RM*. Einzelnummer 0,50 *RM*. Dt. Rechts- u. Wirtschafts-Wissenschaft Verlags GmbH., Berlin.

In der Öffentlichkeit ist viel zu wenig bekannt, daß auf Grund der Rechtsprechung des Kassationshofes in Paris, der sich auch die Regierungskommission für das Saargebiet angeschlossen hat, 7000 Abkömmlinge Elsaß-Lothringischer Vorfahren im Saargebiet leben, die von Frankreich als dessen Staatsangehörige in Anspruch genommen worden sind. In seinem Aufsatz „Eine wichtige Frage des Staatsangehörigkeitsrechts im Saargebiet in ihrer Bedeutung für die Rückgliederung" weist Theodor Lenz im Januarheft der Deutschen Verwaltung, des Organs der Reichsfachgruppe Verwaltungsjuristen des BNSDJ., die Unrichtigkeit dieser Forderung nach. An Hand von auch für die Gegenseite bindenden Bestimmungen des Versailler Vertrages wird dargelegt, daß die Entscheidungen des Pariser Kassationshofes und der Regierungskommission mit dem wirklichen Recht in schärfstem Widerspruch stehen.

Die „Verfassung und Verwaltung des Deutschordensstaates Preußen" behandelt ein außerordentlich aufschlußreicher Aufsatz von Dr. Heinrich Bauer, Berlin. Der Verf. stellt dar, wie der deutsche Ordensstaat sich aus seinen ersten Anfängen eine Verfassung und Verwaltung geschaffen hat, die als Muster von Verfassungen und Verwaltungen damaliger Zeit angesehen werden kann. Besonders für denjenigen, dem die Entstehung und Entwicklung des Ordensstaates, dieses ersten deutschen Siedlungsstaates im Osten, bisher nicht ausreichend bekannt war, gibt der Aufsatz einen vorzüglichen Überblick, der durch die Wiedergabe der von dem Hochmeister Luther von Braunschweig geschaffenen Landesordnung eine wertvolle Bereicherung erhält.

Den Anfang einer fortlaufenden Reihe von Aufsätzen, in denen die Grundzüge des Verwaltungsrechts auswärtiger Staaten dargestellt werden, bildet die nachfolgende Abhandlung des Referenten am Osteuropa-Institut der Universität Breslau, Dr. H. Maurach, über die Grundzüge des sowjetrussischen Verwaltungsrechts. Dr. Maurach gibt hier zugleich eine Übersicht über die historische Entwicklung des sowjetrussischen Verwaltungsrechts. Er hebt hervor, daß die Sowjetlehre eine Wissenschaft des Verwaltungsrechts nicht anerkennt und Verwaltung lediglich als Zweckmäßigkeitsnormung ansieht. Der gesamte Staatsapparat des Sowjetrußlands steht im Dienste der Durchpeitschung der wirtschaftlichen Entwicklung. In absehbarer Zeit wird ein völliges Aufgehen der Relikte des bisherigen Verwaltungsrechts im staatlichen Wirtschaftsmechanismus zu erwarten sein.

Mit der Reichsstraßenverkehrsordnung befaßt sich Landrat Dr. Parisius, Calbe. Er zeigt, daß neuer Geist im Straßenverkehrsrecht eingezogen ist und behandelt die Grundzüge dieses bedeutsamen Gesetzgebungswerkes.

„Zur Neuregelung des Beamtenreichsrechts" nimmt Landesoberverwaltungsrat Laging, Berlin, das Wort. Der Beitrag behandelt eine Reihe von beamtenrechtlichen Fragen, deren Lösung bei der Neuregelung des Beamtenreichsrechts zu erwarten sein dürfte. Laging wendet sich gegen die fortschreitende Verbeamtung und prüft hierbei auch, ob die weitgehenden Bindungen der Öffentlichkeit, die bei jeder lebenslänglichen Anstellung eines Beamten eintreten, wirklich in dem bisher üblichen Umfange notwendig sind. Ferner erörtert er die Frage der Überalterung und macht Vorschläge zur Beseitigung von Mißständen bei einzelnen Verwaltungen und einzelnen Dienstzweigen, die auch im Interesse der Behebung der Jungjuristennot recht beachtlich sind. In seinen weiteren Ausführungen geht Laging auf besoldungsrechtliche Fragen sowie auf die Vorschriften über Abtretung und Verpfändung von Gehaltsansprüchen ein. Er hebt hervor, daß das Pfändungsprivileg des Beamten ihm einen seinem Beruf entsprechenden Unterhalt sichern solle, darüber hinaus aber den Zweck verfolge, den Staat vor den Gefahren zu schützen, die durch einen in stärkster wirtschaftlicher Bedrängnis lebenden Beamten entstehen können. Gegen leichtfertige Schuldenmacher fordert er ein scharfes dienststrafrechtliches Vorgehen. Im übrigen stellt er die Frage, ob das Pfändungsprivileg bei nicht aktiven Beamten aufgegeben werden soll. Aus den weiteren Anregungen des Aufsatzes ist die Forderung nach einer alsbaldigen Schaffung eines Reichsdienststrafrechts hervorzuheben, hinsichtlich dessen Ausgestaltung der Verf. bemerkenswerte Vorschläge macht.

Dr. Herbert Gröger, Magdeburg, schreibt über „Wege und Ziele der Umschulung und Wiedereinschulung von Erwerbslosen". Er behandelt hierbei ein im Kampf gegen die Arbeitslosigkeit aufgetretenes neues Problem, das der Bereitstellung genügender und geeigneter Fachkräfte, und zeigt, welche praktischen Wege bei der Lösung dieser Frage zu gehen sind.

Es schließt sich hieran der regelmäßig erscheinende Überblick „Aus Staat und Verwaltung", in dem die politischen Ereignisse sowie das Gesetzgebungswerk der vergangenen vier Wochen einer eingehenden Erörterung unterzogen werden.

Deutsche Richterzeitung. Zeitschrift der Reichsfachgruppe Richter und Staatsanwälte des BNSDJ. Heft 2 (1935) 27. Jahrg. Erscheint monatlich. Bezugspreis jährlich 16 *RM*. Einzelheft 1,60 *RM*. Carl Heymanns Verlag, Berlin.

Im Februarheft geht die Deutsche Richterzeitung zunächst wieder auf die Notlage des Rechtswahrernachwuchses und die Möglichkeiten ihrer Behebung ein. AGR. Dr. Seidel zeigt, wie die Beschäftigung des juristischen Nachwuchses im Justizdienst vielfach der Erziehung

zur Persönlichkeit entgegenwirkt und gerade für starke Charaktere wenig Anreiz bietet. Es wäre zu wünschen, daß an diesen aus der praktischen Erfahrung kommenden Darlegungen bei den zur Entscheidung berufenen Stellen nicht vorübergegangen werden würde. In dem Aufsatz „Der bäuerliche Richter" beschäftigt sich AGR. Hahn vom AG. Dorum mit der dem Bauernrichter gebührenden Stellung im Erbhofrecht und Erbhofgericht. Zu der neuerdings viel erörterten Frage „Einstellung des Verfahrens und Freisprechung" liefert LGR. Dr. Siebert einen Beitrag, der für die Rechtsprechung mit richtungweisend werden dürfte. RGR. Dr. Zeiler gibt in dem Artikel „Aus der Werkstatt des Revisionsrichters" Aufschlüsse, die nach einer kurzen sachlichen Auseinandersetzung mit Angriffen aus jüngerer Zeit wertvolles Zahlenmaterial über Ergebnisse der Revisionen in Strafsachen aus den Jahren 1925 bis 1934 bringen. Über „Die neuen gesetzlichen Bestimmungen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit berichtet Arbeitsamtsvorsitzender Dr. Hucho in einer lesenswerten Zusammenstellung, die eine Übersicht über die einzelnen Maßnahmen und ihre rechtlichen Grundlagen enthält. Eine Ergänzung hierzu stellt der Aufsatz von Arbeitsamtsdirektor Dr. Adam über „Die Strafbestimmungen der Verordnung und der Anordnung über die Verteilung von Arbeitskräften" dar, die angesichts der Wichtigkeit der Arbeitsbeschaffung besondere Aufmerksamkeit verdienen. ORegR. Dr. Deetjen behandelt die Frage „Was kann ein Beamter an Werbungskosten bei der Einkommensteuer abziehen" und gibt damit Hinweise dafür, wie der Beamte auch nach den neuen Bestimmungen ihm gebotene Möglichkeiten zu einer Herabsetzung der von ihm zu zahlenden Steuern anwenden kann. Aus der Praxis des Grundbuchrichters bringt AGR. Dr. Kutzner einen „Beitrag zur Zusatzhypothek" nach der Verordnung v. 27. Sept. 1932. Eine weitere Frage des Grundbuchrechts führt AGR. Dr. Schmidt von Rhein ihrer Klärung entgegen, indem er das Recht der „Einheitshypothek" erörtert. OLR. und ErbhGerR. Dr. Lange setzt im Anschluß an die Veröffentlichungen in der Deutschen Richterzeitung 1934, 344 und 1935, 27 seine „Übersicht über die Rechtsprechung des Landeserbhofgerichts in Celle" fort.

Die „Mitteilungen" enthalten insbesondere einen ausführlichen Bericht über die Tagung der Reichsfachgruppenleiter und der Gauführer des BNSDJ. am 27. Jan. Mit der üblichen Übersicht über das Schrifttum und der Rechtsprechungsbeilage schließt das Heft ab.

PrivDoz. Dr. G. K. Schmelzeisen, Amts- u. Landgerichtsrat in Hechingen: **Deutsches Privatrecht.** (Schaeffers Grundriß. 22. Band, 2. Teil.) 1.—4. Aufl. Leipzig 1935. Schaeffer Verlag C. L. Hirschfeld. Preis kart. 3 *RM*.

Der Verf. versucht eine Darstellung des deutschen Privatrechts auf Grund einer neuen Systematik. Er will damit die bisherige Einteilung in Privat- und öffentliches Recht vermeiden, was ihm aber nicht ganz gelingt, da er im deutschen Recht lediglich eine Wechselwirkung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht annimmt. Man wird in der Zukunft ganz absehen müssen von einer Selbständigkeit oder Scheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Erst dann wird man der Ganzheit des deutschen Rechtes gerecht werden können. Es sei hier auf den interessanten Versuch verwiesen, wie er mit der neuen Einteilung des Rechtsstudiums gemacht worden ist.

Im übrigen handelt es sich bei dem Grundriß um eine tiefschürfende Arbeit, die das Wesen des deutschen Rechtes in vollendeter Weise klarmacht.

RA. Prof. Dr. Noack, Halle.

Dr. Bodo Dennewitz: Staatslehre und nationalsozialistischer Staat. Berlin 1934. Verlag Franz Vahlen. Preis kart. 1,20 *RM*.

Die kleine Schrift will die bisherige Entwicklung der deutschen Staatslehre „an Hand der politischen Geschichte der letzten zehn Jahre" darstellen und darüber hinaus durch einen kurzen Abriß der Entwicklung und der Struktur des nationalsozialistischen Staates die Aufgaben der heutigen, politischen deutschen Staatsrechtswissenschaft aufzeigen. Für eine Schrift von 24½ Seiten ist das ein etwas reichliches Programm. Im ganzen ist sie denn auch zu allgemein und abstrakt gehalten, um eine nennenswerte Bereicherung des bisherigen Schrifttums bedeuten zu können.

Im ersten Teil ist die Schrift großenteils von Gedankengängen Koellreuters abhängig; später nimmt sie Gedanken von Tatarin-Tarnheiden und Triepel auf.

Ass. Dr. Schilling, Duisburg.

Heinrich Herrfahrdt, ord. Prof.: Die Verfassungsgesetze des nationalsozialistischen Staates, dem Text der Weimarer Verfassung gegenübergestellt. Marburg 1935. N. G. Elwertsche Verlagsbuchhandlung (G. Braun). Preis brosch. 2 *RM*.

Verf. stellt die Vorschriften des neuen und alten Verfassungsrechts gegenüber. Im zweiten Teil der Weimarer Verfassung sind die entsprechenden Sätze des Parteiprogramms der NSDAP. vergleichsweise herangezogen.

Unter „neues Recht" bringt Verf. merkwürdigerweise auch das Ges. v. 17. Dez. 1932, wonach Art. 51 Abs. 1 des Ges. v. 11. August 1919 dahin geändert wurde, daß der RPräs. durch den Präs. des RG. vertreten wird! (inzwischen überholt durch § 1 des Ges. v. 1. Aug. 1934 über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs). Die Verfassungsgesetze des nationalsozialistischen Staates sind nur bis August 1934 berücksichtigt.

Verf. will auf das Verhältnis der verfassungsrechtlichen Vorschriften des neuen und alten Rechts nicht eingehen und „nur eine Materialsammlung für den Unterricht" geben. Aber auch die Lösung dieser begrenzten Aufgabe unterliegt in der vorliegenden Form starkem Bedenken. Verf. gliedert die Verfassungsgesetze des nationalsozialistischen Staates in den äußeren Rahmen des Textes der Weimarer Zwischenverfassung. Solche Systematik ist indessen von vornherein verfehlt. Es ist ein Unding, nationalsozialistisches Verfassungsrecht in das liberal-demokratische System der toten Weimarer Zwischenverfassung einzuzwängen. Wie nahe lag es doch, die Dreigliederung der politischen Einheit im Sinne von Carl Schmitt: Staat, Bewegung, Volk einer Zusammenstellung von Verfassungsgesetzen des nationalsozialistischen Staates zugrunde zu legen!

RA. Dr. Kurt von Bohlen, Berlin.

Hermann Heller, weiland ord. Prof. des Staatsrechts: **Staatslehre.** Aus dem Nachlaß herausgegeben von **Gerhart Niemeyer.** Leiden 1934. A. W. Sijthoffs Uitgeversmij N. V. Preis brosch. 5,25 H. fl., in Leinen 6,25 H. fl.

Es handelt sich um eine nachgelassene Schrift des vor einiger Zeit in der Emigration verstorbenen Autors. Sie zeigt aufs neue, daß der Verf. wohl bereit war, die Kulturentwicklung der europäischen Völker in ihren äußeren Ergebnissen anzunehmen, daß ihm aber deren existentionelle Kräfte unzugänglich waren. Der Charakter des Buches enthebt uns der Mühe, auf Einzelheiten einzugehen. Die Ansichten des Verf. stehen in allen wesentlichen Punkten gleichermaßen in Widerspruch mit der nationalsozialistischen Rechts- und Staatsauffassung wie mit der Wirklichkeit des neuen deutschen Staates. Was über die Bedeutung der Rasse für den Staat gesagt wird, ist der schlecht verhüllte Ausbruch eines maßlosen Hasses gegen das neue Deutschland, der sich in der Schrift auch sonst bemerkbar macht.

Ass. Dr. Karl Schilling, Duisburg.

Dr. P. Tuor, Professor an der Universität Bern: **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch.** Eine systematische Darstellung mit Berücksichtigung der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts. Dritte verbesserte und neu ergänzte Aufl. des Buches „Das neue Recht". Zürich 1934. Polygraphischer Verlag A.-G. Preis in Leinwand geb. 28 Fr.

Das Lehrbuch von Tuor, dessen 3. Aufl. sehr rasch der 2. Aufl. (1932) gefolgt ist, hat für uns ein ganz besonderes Interesse, da es die einzige (deutschsprachige) größere und systematische Zusammenfassung des SchweizZGB. darstellt. (Wegen der Beschränkung auf das ZGB. ist das Obligationenrecht — leider — nicht mit aufgenommen worden.) Das Lehrbuch ist sehr klar, einfach und übersichtlich geschrieben; es läßt die Rechtsfortbildung durch die schweizerische Wissenschaft und Rechtsprechung deutlich hervortreten und enthält erfreulicherweise einige vergleichende Hinweise auf das deutsche Recht und das deutsche Schrifttum.

Aus dem Inhalt können hier nur einzelne Punkte kurz hervorgehoben werden. Sehr bekannt und berühmt geworden sind die beiden ersten Artikel des ZGB. über die Rechtsanwendung und Rechtsausübung. Was der Verf. hierzu ausführt (S. 26 ff.), ist gerade auch für die Stellung des nationalsozialistischen Richters zum Gesetz von großem Interesse, wenn man Art. 1 ZGB. mit § 56 RErbhofG. in Beziehung setzt: auf der einen Seite soll der Richter „als Gesetzgeber" nach „bewährter Lehre und Überlieferung" entscheiden, während § 56 RErbhofG. den in den Einleitungsworten dar-

gelegten Zweck des Gesetzes für die maßgebende Auslegungsregel erklärt. Daß Art. 2 ZGB. für die Begrenzung und Gestaltung der subjektiven Rechte von vorbildlicher Bedeutung sein kann, habe ich an anderer Stelle eingehend darzulegen versucht[1]). Wie auch die Ausführungen des Verf. (S. 40 ff.) bestätigen, kann uns die Rechtsvergleichung hier allerdings nur bei der Auffindung und Bestimmung des dogmatischen Rahmens helfen; die weltanschaulichen Grundlagen und das Ziel dieser Gestaltung der subjektiven Privatrechte bestimmt für uns die nationalsozialistische Rechtsauffassung, die dem „privaten" Recht durch die Verbindung mit völkischer Verantwortung eine politische Aufgabe und einen durch diese Aufgabe bestimmten Inhalt gibt. — Der Schutz der Persönlichkeit nach schweizerischem Recht (Art. 28 ZGB.) hat angesichts des unbefriedigenden Rechtszustandes nach dem BGB. stets besonderes Interesse bei uns gefunden. Die Ausführungen des Verf. hierzu (S. 68 ff.) sind bezeichnend für das Gefühl der Selbstverständlichkeit einer solchen umfassenden Regelung. (Der Begriff der „unbefugten" Verletzung ist allerdings zu kurz und ohne nähere Darstellung der Auswirkung dieses Begriffes auf den Umfang des Persönlichkeitsschutzes behandelt.) — In der Lehre von der juristischen Person bringt der Verf. kurz aber klar den Theorienstreit, der für die Schweiz im Sinne der „Realitätstheorie" entschieden wird (S. 95 ff.). Die Gleichstellung der juristischen mit der natürlichen Person reicht in keinem Gesetzbuch weiter als in der Schweiz, wo in den Art. 53 ff. eine klare Regelung der Handlungsfähigkeit und der Organfrage erfolgt ist.

Das sehr eingehend geregelte Familienrecht des ZGB. kann hier nicht näher besprochen werden. Die Darstellung des Verf. zeichnet sich auch hier durch Kürze und Klarheit aus und fällt gleichzeitig auf durch die besondere Zurückhaltung in weltanschaulichen Fragen. Aus dem Erbrecht muß besonders auf das bäuerliche Erbrecht (S. 376 ff.) hingewiesen werden. Das allgemeine Verbot der Bodenzerstückelung und das Recht jedes Erben, eine ungeteilte Erbfolge unter Abfindung der übrigen zu verlangen, werden sehr übersichtlich dargestellt. Überhaupt enthält ja das ZGB. ein ganz umfassendes Agrarrecht (außer dem bäuerlichen Erbrecht z. B. noch in Bestimmungen über die „Gemeinderschaft", das Nachbarrecht, über Bodenverbesserungen, Quellenrecht, Grundlasten, die Gült, die Viehverpfändung usw.).

Im Eigentumsrecht fällt auf, daß der Verf. sich zu den großen rechtspolitischen Fragen des Eigentums nur ganz kurz äußert. Infolgedessen wirkt z. B. die Lehre von den „beschränkten dinglichen Rechten" und den „Beschränkungen" des Eigentums für unsere Vorstellungen noch etwas zu stark romanistisch. Wir erkennen immer deutlicher, daß entsprechend der deutschrechtlichen Gemeinschaftsauffassung die sog. „Beschränkungen" des Eigentums vielfach in Wahrheit natürliche Gestaltungen und Ausdrucksformen der mit dem Recht verbundenen Verantwortung sind. — Sehr viel stärker deutschrechtlich gehalten sind dagegen die Ausführungen über „Besitz- und Grundbuch", insbes. über die rechtliche Bedeutung des Besitzes (S. 397 ff., 411 ff.).

Daß das System des SchweizZGB. von unserem BGB. abweicht, ist bekannt. Die Darstellung des Verf. ist daher auch unter dem Gesichtspunkt des Fünf-Bücher-Systems unseres BGB. für uns von besonderem Interesse. Namentlich ist bemerkenswert, daß das (dem ZGB. entsprechende) Fehlen eines Allgemeinen Teils die Darstellung der einzelnen Gebiete nirgends erschwert. (Allerdings muß berücksichtigt werden, daß das Obligationenrecht nicht mit behandelt ist.) Wenn bisweilen Wiederholungen oder Verweisungen nötig geworden sind, so kann dies gegenüber der Zurückdrängung formaler Abstraktion keinen Nachteil bedeuten.

Doz. Dr. Wolfgang Siebert, z. Z. Heidelberg.

Seckler-Hudson, Catherine: Statelessness, with Special Reference to the United States of America. Washington, „Digest Press", American University Graduate School, 1934. Preis 3 $ am. (Ausführlich kommentiert in „California Law Review", Bd. XXIII, Nr. 1 [Nov. 1934, S. 126/127].)

Das Werk behandelt die Rechtsstellung der Staatenlosen, insbes. nach neuestem amerikanischen kodifizierten und gesprochenen Recht. Zur Zeit der häufigste Fall ist derjenige von Ausländerinnen, welche seit dem „Cable Act" von 1932 amerikanische Staatsbürger heirateten und dadurch nicht die amerikanische Bürgerschaft erlangten, wohl aber in einer großen Reihe von Ländern ihre eigene Staatsangehörigkeit verloren. Das Werk enthält für Spezialisten alle notwendigen Einzelheiten, Quellen und Gesetze.

Dr. G. Wolf, Berlin.

---

[1]) Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934; vgl. auch JW. 1934, 2451.

Eingegangene Bücher

Entscheidungen des Reichserbhofgerichts. Hrsg. und bearbeitet von den beamteten Mitgliedern des Gerichtshofs. Bd. 1 Heft 2. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. Preis 1,90 RM.

Stadtrat Dr. Karl Helmreich u. ORegR. Dr. Kurt Rock: Die Deutsche Gemeindeordnung v. 30. Jan. 1935. Textausgabe mit kurzen Erläuterungen, Verweisungen u. Sachregister. Ansbach 1935. Druck u. Verlag von C. Brügel & Sohn AG. Preis 1,50 RM.

Dr. Walter Wendiggensen: Strafbare Handlungen unter hypnotischem Einfluß und ihre Aufklärung. Köln 1935. Verlag C. Roemke & Cie. Preis 3 RM.

Schnellkartei des Reichsrechts. Bd. 2: Handelsrecht. 7. Ersatz- u. Ergänzungslieferung. Ausgegeben Februar 1935. Köln. Verlag Dr. Otto Schmidt (Hansahaus).

Die Deutsche Gemeindeordnung v. 30. Jan. 1935. Textausgabe mit der amtlichen Begründung. Stuttgart u. Berlin. Verlag Kohlhammer. Preis in Ganzleinen 1,80 RM.

Die Deutsche Gemeindeordnung v. 30. Jan. 1935. Textausgabe mit Einleitung, amtlicher Begründung und Sachregister. (Samml. Dt. Gesetze Bd. 170.) Mannheim-Berlin-Leipzig 1935. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH. Preis 1,80 RM.

Die Deutsche Gemeindeordnung v. 30. Jan. 1935: Ausgabe A. Textausgabe nebst amtlicher Begründung, Verweisungen und Sachverzeichnis. Mit einer Einführung von Oberbürgermeister Karl Fiehler, Reichsleiter der NSDAP. Preis kart. 1,60 RM. Ausgabe B. Textausgabe mit Verweisungen und Sachverzeichnis. Preis kart. 0,80 RM. München u. Berlin 1935. C. H. Becksche Verlagsbuchh.

Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften. Hrsg. von Dr. jur. Alexander Elster, Berlin, u. LGDir. Heinrich Lingemann, Köln. 15. Lief.: Soziale Gerichtshilfe — Strafvollzug. Berlin u. Leipzig 1935. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 6 RM.

Umsatzsteuermerkblatt der Industrie- und Handelskammer Krefeld (abgeschlossen 15. Jan. 1935). Preis 0,90 RM einschl. Versandkosten.

Schriften der Handelshochschule Königsberg i. Pr. Heft 2: Beiträge zur mittelständischen Wirtschaft. Eine Vortragsreihe der Handelshochschule Königsberg i. Pr. Königsberg i. Pr. 1935. Gräfe & Unzer Verlag. Preis kart. 2 RM.

Dr. Adolf Flügler: Tabaksteuergesetz v. 12. Sept. 1919 bis 13. Dez. 1934 nebst Ausführungsbestimmungen. Textausgabe mit Einführung und Sachregister. Berlin 1935. Weidmannsche Buchhandlung. Preis geb. 4,80 RM.

Hermann Gegerle, Steuerinspektor, Buch- u. Betriebsprüfer, München: Buchnachweis nach dem neuen Umsatzsteuerrecht. 2., verb. u. wesentl. erweit. Aufl. München 1935. Buchdruckerei u. Verlagsanstalt Carl Gerber. Preis 1,50 RM.

Dipl.-Kaufmann Friedrich Prieß, Referent bei der Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels e. V.: Der Kontenplan. Buchführungsgrundsätze für den Einzelhandel. Berlin 1935. Einzelhandelsverlag GmbH. Preis 1,40 RM.

MinR. Hanns Seel: Das Ehrenrecht der deutschen Kriegsopfer. Die Gesetze v. 3. Juli 1934 (RGBl. I, 541, 544) — unter besonderer Berücksichtigung der Frontzulage — und die VO. des RPräs. v. 13. Juli 1934 über die Stiftung des Ehrenkreuzes. Berlin 1935. Carl Heymanns Verlag. Preis 1,20 RM.

Nachtrag zu Zimmerle, Bürgerliches Gesetzbuch nach dem Stand der Gesetzgebung v. 15. Febr. 1935. Berlin. Verlag Franz Vahlen. Preis 0,25 RM.

Steuerfreiheit, Abschreibungen und sonstige Steuervorteile. Anleitung zur Ausnutzung aller gesetzlich zulässigen Ersparnismöglichkeiten. Hrsg. von RA. u. Notar Dr. Conrad Böttcher, Berlin. Heft 1: Einkommen- u. Körperschaftsteuerersparnisse unter Berücksichtigung der Durchführungsverordnungen v. 6. Febr. 1935 und aller sonstigen Gesetze über Einkommen- u. Körperschaftsteuervorteile von RA. u. Notar Dr. C. Böttcher und RA. Dr. H. Meilicke, Berlin. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. Preis 1,35 RM.

Handbuch der Deutschen Apothekerschaft. 24. Jahrg. 1934. Berlin 1935. Deutscher Apotheker-Verlag GmbH. Preis 4,80 RM.

Rechtsprechung

A. Ordentliche Gerichte

Reichsgericht

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgericht. — † Anmerkung.]

a) Zivilsachen

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser und Huber

1. Allgemeine Arglisteinrede. Wenn auch grundsätzlich die Klage auf Gewährung des Versicherungsschutzes nur von dem Versicherungsnehmer oder dessen Rechtsnachfolger erhoben werden kann, kann doch u. U. der Verletzte, der zu seiner Befriedigung den Anspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer erfassen will, eine im Versicherungsvertrag vorgesehene Klagefrist dadurch wahren, daß er eine Klage auf Feststellung der Verpflichtung zur Gewährung des Schutzes erhebt.†)

Der Kl. erlitt dadurch einen Unfall, daß er von dem Kraftwagen des E. angefahren wurde. E. war bei der Bekl. gegen Haftpflicht versichert.

Der Kl. erhob im Okt. 1931 gegen E. Klage auf Schadensersatz; durch Urt. v. 2. Febr. 1933 wurde E. verurteilt, an den Kl. 5116 *RM* zu zahlen, und ferner festgestellt, daß E. verpflichtet ist, dem Kl. allen weiteren noch entstehenden Schaden zu ersetzen. Während dieses Prozesses erwirkte der Kl. gegen E. im März 1932 eine EinstwVerf., durch die E. zur Zahlung einer monatlichen Unterhaltsrente verpflichtet wurde. Auf Grund dieser hat der Kl. mehrere Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse erwirkt, durch die die Ansprüche des E. gegen die heutige Bekl. auf Schadloshaltung gepfändet und ihm überwiesen wurden, u. a. einen Beschluß v. 12. April 1932 wegen 45 *RM* Unterhaltsgeld für April 1932, schließlich wegen obiger 5116 *RM* und weiterer 360 *RM*.

Der Kl. hat gegen die Bekl. am 1. Okt. 1932 Klage erhoben und zunächst beantragt, festzustellen, daß die Bekl. verpflichtet sei, dem E. Versicherungsschutz zu gewähren. In der Klageschrift war Bezug genommen auf den obengenannten Beschluß v. 12. April und ein Schreiben der Bekl. vom 6. April 1932 an den Prozeßbevollmächtigten des Kl., in dem sie zu dem ihr zugestellten vorläufigen Zahlungsverbot mitteilt, daß E. bei Antragstellung unrichtige Angaben gemacht habe und sie deshalb die Gewährung des Versicherungsschutzes verweigere. Die Bekl. hat unter anderem geltend gemacht, die Feststellungsklage sei unzulässig, ferner habe E. keinen Anspruch auf Versicherungsschutz, weil die vereinbarte Klagefrist von sechs Monaten nicht eingehalten worden sei. Nach Klagerweiterung wurde die Bekl. verurteilt, an den Kl. 5116 + 351 *RM* zu zahlen, und festgestellt, daß sie verpflichtet ist, dem E. Versicherungsschutz zu gewähren. Ihre Rev. wurde zurückgewiesen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Revisionsangriffe gegen die Auffassung des BG. über die nicht wirksame Ablehnung der Ansprüche durch die Bekl. und die schuldlose Fristversäumnis seitens E. begründet sind; denn selbst wenn die Ablehnung der Ansprüche schon durch den Brief v. 6. April 1932 wirksam erfolgt wäre und ein nicht schuldhaftes Verhalten des E. nicht festgestellt werden könnte, so ist durch die am 1. Okt. 1932 zugestellte Feststellungsklage des Kl. für diesen der Anspruch des Versicherungsnehmers als i. S. des § 8 AllgVersBed. rechtzeitig geltend gemacht anzusehen. Grundsätzlich kann allerdings diese Klage nur von dem Versicherungsnehmer oder dessen Rechtsnachfolger erhoben werden. Es mag auch sein, daß zur Zeit der Klagerhebung die Unterhaltsansprüche, für die Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse erlassen waren, gezahlt waren. Dem Kl. stand aber nach der EinstwVerf. bis zur rechtskräftigen Entsch. des Rechtsstreits gegen E. eine monatliche Unterhaltsrente zu, und die Bekl. hatte auf ein ihr Anfang April zugestelltes vorläufiges Zahlungsverbot durch Schreiben v. 6. April auch dem Prozeßbevollmächtigten des Kl. gegenüber die Gewährung von Versicherungsschutz abgelehnt. Diese Ablehnung war von der Bekl. nicht nur mit Bezug auf die damals verlangten 45 *RM*, sondern auf alle aus dem Unfall geltend zu machenden

---

Zu **1.** In Versicherungsverträgen findet sich häufig die Klausel, daß der Versicherte den Versicherungsanspruch verliere, wenn der Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalles den Versicherungsschutz ablehne und der Versicherte daraufhin nicht innerhalb bestimmter Frist (etwa 6 Monate) Leistungs- oder Feststellungsklage in Ansehung des Versicherungsschutzes erhebe. In dem Haftpflichtversicherungsfall, mit dem es die obige Entsch. zu tun hat, ist solche Klage vom Versicherungsnehmer, nachdem ihm gegenüber der Versicherer den Versicherungsschutz abgelehnt hatte, nicht erhoben worden; wohl aber hat der aus dem Autounfall ersatzberechtigte Dritte fristgerecht gegen den Versicherer auf Feststellung geklagt, daß er dem haftpflichtigen Versicherungsnehmer zur Gewährung des Versicherungsschutzes verpflichtet sei. Die jetzt auftauchende Frage, ob der ersatzberechtigte Dritte zur Erhebung dieser Feststellungsklage überhaupt befugt gewesen sei, wird vom RG. bejaht; die andere Frage, ob der Versicherer dem Dritten gegenüber geltend machen könne, daß der Versicherte die von ihm übernommene Obliegenheit der fristgerechten Klagerhebung nicht erfüllt habe, wird vom RG. verneint. Diese Stellungnahme war dem RG. im konkreten Falle dadurch erleichtert, daß der Haftpflichtberechtigte die Ansprüche des haftpflichtigen Versicherungsnehmers auf Gewährung von Versicherungsschutz sich auf Grund eines Pfändungsbeschlusses hatte überweisen lassen und somit aus eigenem Rechte klagte. Das RG. will aber den gleichen Standpunkt auch ohne voraufgegangene Pfändung und Überweisung einnehmen. Und mit Recht. Denn daß das Verhältnis von Haftpflichtversichertem und Versicherer für den ersatzberechtigten Dritten juristisch-konstruktiv ein fremdes Rechtsverhältnis ist, kann nicht in die Waagschale fallen angesichts des starken eigenen Interesses, das — namentlich bei offenkundiger Insolvenz des Haftpflichtigen — der Dritte an diesem Verhältnis hat, und angesichts der Tatsache, daß es im Wege der Pfändung und Überweisung jederzeit zu einem eigenen Rechtsverhältnis werden kann; verlangt doch auch der Wortlaut des § 256 ZPO. nur, daß der Kl. ein eigenes Feststellungsinteresse habe, nicht auch, daß das festzustellende Verhältnis gerade zwischen ihm und dem Prozeßgegner bestehe. Hat aber einmal der ersatzberechtigte Dritte das Schuldverhältnis von Versicherungsnehmer und Versicherer fristgerecht zur gerichtlichen Entscheidung gebracht, dann kann sich jenem Dritten gegenüber der Versicherer nicht darauf berufen, daß der Versicherungsnehmer die Obliegenheit fristgerechter Klagerhebung verletzt habe. Der Zweck, um dessentwillen die Obliegenheit vereinbart worden ist, daß nämlich der Versicherer Gelegenheit bekommen soll, seinen mit der Verweigerung des Versicherungsschutzes eingenommenen Rechtsstandpunkt alsbald vor Gericht zu verteidigen, wäre ja durch die Klagerhebung des Dritten erfüllt, und es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Versicherer dem Dritten im Prozeß den Einwand sollte entgegensetzen dürfen, daß jener Zweck zwar durch eine Handlung des klagenden Dritten, nicht aber durch eine solche des Versicherungsnehmers erreicht worden sei. Eine andere Frage ist es, ob damit dem Versicherer auch das Recht genommen ist, sich gegenüber dem Versicherungsnehmer selbst, wenn dieser später in die Lage käme, Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis geltend zu machen, auf die Präklusion des Versicherungsanspruchs zufolge nicht rechtzeitig erhobener Klage zu berufen. Man wird diese Frage, zu der das RG. Stellung zu nehmen keinen Anlaß hatte, nicht ohne weiteres bejahen dürfen; vielmehr lassen sich hier Fälle denken, wo die Erhebung jenes Einwandes mit Treu und Glauben durchaus nicht im Widerspruch stehen würde.

Prof. Dr. Titze, Berlin.

Ansprüche gemeint und konnte auch vom Kl. nur so aufgefaßt werden. Er mußte also damit rechnen, daß zur Befriedigung sowohl der nach der EinstwVerf. zu zahlenden Unterhaltsansprüche als auch der Hauptansprüche gerichtliche Schritte notwendig werden würden. Da nun E. keine Klage erhob und der Kl., wie sich aus der Klageschrift ergibt, dies wußte, so mußte er darauf bedacht sein, den nach § 8 AllgVersBed. möglicherweise drohenden Verlust des Rechtes des E. auf Versicherungsschutz zu verhüten. Da dem Kl. im Augenblick der Klagerhebung kein Zahlungsanspruch gegen die Bekl. zustand, war der gegebene Weg die Feststellungsklage. Durch diese wird der mit der fraglichen Bestimmung verfolgte Zweck, innerhalb bestimmter Frist gerichtliche Feststellung herbeizuführen, erreicht, und die Bekl. ist in diesem Rechtsstreit, was ihre Einwirkung auf den Gang des Verfahrens und die Wahrung ihrer Belange angeht, nicht anders gestellt, als wenn der Versicherungsnehmer selbst diese Klage erhoben hätte oder als wenn etwa der Kl. zunächst wegen der künftigen Ansprüche einen Arrestbefehl gegen E. erwirkt und auf Grund dieses die Ansprüche des E. gegen die Bekl. auf Versicherungsschutz gepfändet und dann diese Klage erhoben hätte. Deshalb muß diese Klage im Verhältnis zwischen der Bekl. und dem Kl. die Bedeutung haben, daß die Bekl., soweit der Kl. auf Grund später erfolgten Erwerbs der Rechte des E. auf Versicherungsschutz Zahlungsansprüche gegen sie erlangt, ihm gegenüber jedenfalls den Einwand der nicht erhobenen gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche aus § 8 AllgVersBed. nicht erheben kann; der Einwand würde unter solchen besonderen Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen. Das muß um so eher gelten als auch der Brief der Bekl. an E. v. 30. Aug. 1932 geeignet war, die Meinung aufkommen zu lassen, daß nach Ansicht der Bekl. jetzt nicht mehr E., sondern der Kl. allgemein zur Klagerhebung nach § 8 AllgVersBed. berechtigt sei. Das BG. hat deshalb den Einwand aus § 8 AllgVersBed. im Endergebnis mit Recht zurückgewiesen.

Soweit der Kl. wegen seiner teils in der Vergangenheit, teils in der Zukunft liegenden Ansprüche noch keinen Vollstreckungstitel gegen E. hat, hat er mit Recht den Feststellungsantrag aufrechterhalten. Sein von der Rev. vermißtes rechtliches Interesse an der Feststellung ergibt sich nach den obigen Ausführungen schon daraus, daß der Kl. sich dadurch auch hinsichtlich dieser Ansprüche gegen einen Einwand aus § 8 AllgVersBed. schützt.

(U. v. 6. Nov. 1934; VII 178/34. — Hamm.) [H.]

**2. §§ 125 ff., 164 ff. BGB.; § 54 HGB.

I. **Die in Organisationsgesetzen und Sparkassensatzungen für die Ausstellung verpflichtender Urkunden gegebenen Bestimmungen enthalten keineswegs bloße Formvorschriften, sondern begrenzen wirksam die Vertretungsmacht der für die betreffende öffentliche Körperschaft oder Anstalt handelnden Personen. Frühere landesrechtliche Vorschriften sind durch das bürgerliche Reichsrecht insoweit nicht in ihrem Bestand berührt worden. Nach der Rspr. des RG. sind die zur Erhaltung der volkswirtschaftlichen Funktion des öffentlichen Sparwesens und zur Sicherung der öffentlichen Hand erlassenen, die Vertretungsmacht der Sparkassenorgane begrenzenden Bestimmungen streng einzuhalten.**

II. **Die Satzungsbestimmungen der Sparkassen gehören dem öffentlichen Recht an, so daß auch bei Kaufmannseigenschaft der Sparkassen für die Anwendung der Vorschrift des § 54 HGB. kein Raum ist.**

III. **Nur zur Vornahme von Geschäften der laufenden Verwaltung, d. h. solchen Geschäften, die in mehr oder minder regelmäßiger Wiederkehr vorkommen und zugleich sachlich von weniger erheblicher Bedeutung sind, bedarf es ausnahmsweise nicht der Beobachtung der für die Ausstellung verpflichtender Urkunden gegebenen Vorschriften in den Organisationsgesetzen. Dies gilt jedoch nicht, wenn Gesetz oder die Satzung für bestimmte, wegen ihrer Bedeutung für die Körperschaft oder Anstalt besonders hervorgehobene Geschäfte die Einhaltung der für die Vertretungsmacht ihrer Organe gegebenen Vorschriften ausdrücklich fordern.**

IV. **Culpa in contrahendo. Keine Verpflichtung der Sparkassen, auf ihre Satzungen besonders aufmerksam zu machen.**

I. Ob aus den Verhandlungen, die Sch. mit den Angestellten der Geschäftsstelle der bekl. Kreissparkasse geführt hat, für die Bekl. eine vertragliche Verpflichtung erwachsen konnte, hängt von dem Inhalt der für sie erlassenen, die Eingehung von Verpflichtungen regelnden Satzung ab (Art. 99 EGBGB. i. Verb. m. Ziff. 17 ff. des Reglements, die Einrichtung des Sparkassenwesens betr., v. 12. Dez. 1838 (GS. 1839, 5).

Das BG. hat die Bescheinigung v. 17. Dez. 1925 über die Vorrangseinräumung, die entgegen der Satzung der Bekl. nur von zwei, dazu dem Vorstand der Sparkasse nicht angehörigen Personen vollzogen und weder mit der Gegenzeichnung des Rechnungsführers noch mit dem Siegel der Sparkasse versehen ist, als für die Bekl. verbindlich betrachtet und hierzu folgendes ausgeführt: § 9 der Satzung, der die „Form und Ausstellung der die Kasse verpflichtenden Urkunden“ regelt, sei nicht dahin zu verstehen, daß in den dort bezeichneten Angelegenheiten die Sparkasse nur dann verpflichtet werden könne, wenn Urkunden in der dort vorgeschriebenen Form errichtet würden. Anderenfalls würden in diesen Angelegenheiten mündliche oder stillschweigende Verpflichtungserklärungen selbst dann nicht zulässig sein, wenn sie nach reichsgesetzlichen Vorschriften genügen sollten. Ebensowenig würde insoweit eine Verpflichtung jemals durch einen Vertreter übernommen werden können, da der Vertreter der Formvorschrift nicht genügen könne. Die fragliche Satzungsbestimmung würde also die Handlungsfähigkeit der Sparkasse über Gebühr beschränken; sie würde ferner zum Schutz der Sparkasse und ungeachtet der Interessen des Publikums für zahlreiche Rechtsgeschäfte den gesetzlichen Vorschriften zuwider über den im § 127 BGB. gegebenen Rahmen hinaus neue Formerfordernisse aufstellen.

Diese Ausführungen des BG. sind in mehreren Punkten rechtlich verfehlt. Sie geben mit einer nicht haltbaren Begr. dem § 9 der Satzung eine mit seinem eindeutigen Wortlaut unvereinbare und deshalb unmögliche Auslegung. Zunächst widerstreitet die Annahme, daß es sich bei den im § 9 der Satzung für verpflichtende Urkunden gegebenen Bestimmungen lediglich um Formvorschriften handele, der ständigen Rspr. des RG. Diese Rspr. (vgl. z. B. RG. 82, 7[1]); 83, 396; 89, 433; 115, 311[2]); 122, 175[3]); 127, 226[4]); RG.: JW. 1931, 3090; 139, 58[5])) besagt, daß derartige Bestimmungen, die sich sowohl in einer Reihe von Organisationsgesetzen als auch in zahlreichen Sparkassensatzungen finden, keineswegs bloße Formvorschriften darstellen, sondern darüber hinaus, und zwar in erster Linie die Vertretungsmacht der für die betr. öffentliche Körperschaft oder Anstalt handelnden Personen begrenzen. Wie jeder private Vollmachtgeber mehreren Personen Vollmacht dergestalt erteilen kann, daß sie ihn nur gemeinsam und nur bei Wahrung bestimmter Formen ihrer Erklärung wirksam sollen verpflichten können, so kann auch für öffentliche Körperschaften und Anstalten in Gesetzen und Satzungen die Vertretungsmacht ihrer Organe zur Eingehung von Verpflichtungen privatrechtlicher Art entsprechend beschränkt werden. Gerade weil es sich bei derartigen gesetzlichen Bestimmungen nicht lediglich um Vorschriften über die Form von Rechtsgeschäften handelt, sind frühere landesgesetzliche Vorschriften durch das bürgerliche Reichsrecht in ihrem Bestande nicht berührt worden (Art. 55 EGBGB.). Es trifft zwar zu, daß das geltende bürgerliche

[1]) JW. 1913, 609. [2]) JW. 1927, 779. [3]) JW. 1927, 1132. [4]) JW. 1930, 1198. [5]) JW. 1933, 1526.

Recht von der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte ausgeht und deshalb — von bestimmten Ausnahmen abgesehen — auch der formlos und selbst stillschweigend abgegebenen Willenserklärung die verpflichtende Wirkung nicht versagt. Daraus folgt aber keineswegs und ist insbes. nicht dem vom BG. angezogenen § 127 BGB. zu entnehmen, daß dem, der in fremder Angelegenheit handelt, die Grenzen seiner Machtbefugnisse nicht enger gezogen werden können. Daß durch derartige, die Vertretungsmacht der Organe einengende Bestimmungen den öffentlichen Körperschaften oder Anstalten der Rechtsverkehr u. U. nicht unerheblich erschwert wird, ist richtig, beruht aber auf wohlerwogenen Gründen und ist durch die Ausnahme, die für laufende Geschäfte der Verwaltung zugelassen worden ist (RG. 104, 205; 116, 247[6]), auf das mit einem ungehemmten Geschäftsgang vereinbare Maß zurückgeführt worden. Wenn das BG. bei der Vertretung seiner Rechtsansicht eine ihm unerträglich erscheinende Bevorzugung der Interessen der Sparkasse vor denen ihrer Kunden zur Beweisführung heranzieht, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Interessen einer kommunalen Sparkasse die Interessen des hinter ihr stehenden Kommunalverbandes sind. Die zum Schutz dieser Interessen aus Gründen des öffentlichen Wohles erlassenen Bestimmungen verdienen ernste Beachtung. Alle Verbindlichkeiten der Sparkasse bilden eine Kreislast (§ 2 Abs. 3 der Satzung), müssen also notfalls von den Kreisangehörigen getragen werden, die nicht wie die Aktionäre einer Handelsgesellschaft aus freiem Entschluß sich an den Geschäften beteiligen, sondern mit den Abgaben belastet werden, die eben zur Erfüllung der dem Kreis obliegenden öffentlichen Aufgaben aufgebracht werden müssen (Ohse: JW. 1931, 3090). Mit Recht ist auch in dem ebenda abgedr. Urteil wie in anderen Entsch. des RG. betont worden, daß die zur Erhaltung der volkswirtschaftlichen Funktion des öffentlichen Sparwesens und zur Sicherung der öffentlichen Hand erlassenen, die Vertretungsmacht der Sparkassenorgane vorsichtig begrenzenden Bestimmungen streng eingehalten werden müssen (RG. 104, 205).

Wenn endlich das BG. den von ihm eingenommenen Rechtsstandpunkt mit der Erwägung verteidigt, daß nach der Satzung eine der im § 9 aufgeführten Urkunden niemals durch einen Vertreter wirksam ausgestellt werden könne, so ist dabei die Möglichkeit einer unter Beachtung des § 9 vorgenommenen Bevollmächtigung augenscheinlich übersehen worden. Wie das RG. auch schon ausgesprochen hat (RG. 89, 433), sind die satzungsgemäß zur Vertretung berufenen Personen nicht gehindert, in der für die Vertretung vorgeschriebenen Form einem anderen Vollmacht zur Abgabe einer die öffentliche Körperschaft oder Anstalt verpflichtenden Erklärung zu erteilen, und diese Erklärung bedarf dann nicht der für die Vollmachtserteilung vorgeschriebenen Form.

II. Im Streitfall handelt es sich darum, ob zur Eingehung einer Verpflichtung zum Rangrücktritt formlos bevollmächtigt werden konnte. Diese Frage muß angesichts des eindeutigen Wortlautes des § 9 der Satzung, entsprechend den in RG. 116, 247[7]) aufgestellten Grundsätzen, jedenfalls dann verneint werden, wenn die Ausführungen des BG. über die Anwendbarkeit des § 54 HGB. und über das Vorliegen eines laufenden Geschäfts keine andere Beurteilung rechtfertigen sollten. Daß die Kunden der bekl. Kreissparkasse von deren Angestellten „in allen vorkommenden Angelegenheiten beraten wurden", rechtfertigte noch nicht das Vertrauen, daß die Angestellten nun auch in gleichem Umfange zur Abgabe einer die Kasse verpflichtenden Erklärung, insbes. in Grundbuchsachen, ermächtigt seien. Die nach der Satzung im Geschäftsraum der Kasse anzubringenden Bekanntmachungen über die Zeichnungsbefugnis der bei der Geschäftsstelle tätigen Personen hätten gegen, nicht für ein solches Vertrauen gesprochen. Daß Bekanntmachungen dieser Art gefehlt haben, ist nicht festgestellt. Entscheidendes Gewicht wäre aber nach dem Gesagten selbst auf das Fehlen solcher Bekanntmachungen in dem hier erörterten Zusammenhang nicht zu legen.

Das BG. hat nun eine Stütze für seine Entsch. in der Überzeugung gefunden, daß die Bekl., weil sie ihren Betrieb über die sparkasseneigenen Geschäfte hinaus auf Bankgeschäfte ausgedehnt habe, Kaufmannseigenschaft besitze. Es hat hieraus gefolgert, daß die Vertretungsmacht des vom Sparkassenvorstand mit der Leitung der Geschäftsstelle der Sparkasse in M. betrauten Angestellten nach § 54 HGB. sich bestimmt habe und demgemäß auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen erstreckt gewesen sei, die der Betrieb dieser Geschäftsstelle gewöhnlich mit sich gebracht habe. Zu solchen Geschäften rechnet das BG. auch die Eingehung der streitigen Verpflichtung zur Vorrangseinräumung. Es kann indessen dahingestellt bleiben, ob das für die Kaufmannseigenschaft kennzeichnende Merkmal der Gewerbsmäßigkeit des Betriebes bei kommunalen Sparkassen überhaupt bejaht werden kann (vgl. Simon, Das neue Sparkassenrecht, 1928, S. 60 ff. gegen RG. 116, 227[8]). Denn der Vorstand der Sparkasse war eben nach § 9 der Satzung nicht ermächtigt, anders als in der dort vorgesehenen Weise zur Eingehung einer auf Vorrangseinräumung gerichteten Verpflichtung eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zu erteilen, und die Satzungsbestimmung begrenzt nicht nur die satzungsmäßige Vertretungsbefugnis des Sparkassenvorstandes, sondern bildet zugleich eine Schranke für die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht von anderen Sparkassenbeamten oder -angestellten, wie sie aus Tatbeständen außerhalb der Satzung sonst erwachsen mag (RG. 127, 226[9])). Es handelt sich, wie bereits hervorgehoben wurde, bei den Satzungsbestimmungen, soweit sie sich mit der Art befassen, in der für kommunale Sparkassen Verpflichtungen eingegangen werden können, um Vorschriften, die zum Schutz der Sparkasse gegeben sind und die dem öffentlichen Rechte angehören. Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß sie auch von solchen privatrechtlichen Bestimmungen, wie § 54 HGB. sie enthält, nicht berührt werden (Urt. v. 24. Nov. 1925, VI 236/25[10])). Soweit in dem bei RG-Warn. 1924 Nr. 157 abgedr. Urt. des erk. Sen. v. 31. Mai 1924, V 864/23, eine gegenteilige Rechtsansicht ausgesprochen worden ist, wird sie nicht aufrechterhalten.

Die Ausführungen des BG. stellen einseitig auf die Interessen des Handelsverkehrs ab und lassen die in jetzt ständiger Rspr. des RG. berücksichtigte Schutzbedürftigkeit der mit den kommunalen Sparkassen verknüpften öffentlichen Interessen außer acht (RG.: JW. 1931, 3090).

III. Eine andere Beurteilung der Rechtslage käme hiernach nur dann in Betracht, wenn es sich bei dem streitigen Geschäft um ein Geschäft der laufenden Verwaltung gehandelt haben sollte. Zur Vornahme eines solchen Geschäfts bedarf es nach ständiger Rspr. (RG. 104, 205; 116, 247[11])) nicht der Beobachtung der für die Ausstellung verpflichtender Urkunden gegebenen Vorschriften. In derartigen Fällen genügt die Unterschrift des Vorsitzenden des Vorstandes oder — bei einer Bevollmächtigung — die Unterschrift des oder der Bevollmächtigten. Auch für die Erteilung der Vollmacht bedarf es dann nicht der durch § 9 der Satzung vorgeschriebenen Form. Ob ein Geschäft zur laufenden Verwaltung gehört, hängt im allgemeinen von der jeweiligen Geschäftslage der betr. Körperschaft oder Anstalt sowie von Umständen ab, die in der Geschäftsabwicklung der verwaltenden Stelle zu suchen sind. Bedürfnisse Dritter oder des außerhalb der Verwaltung liegenden Verkehrs sind hierfür nicht maßgebend (RG. 116, 247[12])). Im Regelfall wird mit dem OVG. (OVG. 70, 119) davon auszugehen sein, daß zur laufenden Verwaltung außer gewissen vorbereitenden Maßnahmen alle diejenigen Geschäfte gehören, welche in mehr oder minder regelmäßiger Wiederkehr vorkommen und zugleich sachlich von weniger erheblicher Bedeutung sind.

Nach Lage des zur Entsch. stehenden Falles kann es aber selbst hierauf nicht ankommen. Von der in Organisationsgesetzen und Satzungen öffentlicher Körperschaften oder Anstalten für die Ausstellung verpflichtender Urkunden vorgeschriebenen Beschränkung der Vertretungsmacht ihrer Organe hat die Rspr. bei Geschäften der laufenden Verwaltung

[6]) JW. 1927, 2215. [7]) JW. 1927, 2215.

[8]) JW. 1927, 2215. [9]) JW. 1930, 1198. [10]) JW. 1926, 1450. [11]) JW. 1927, 2215. [12]) JW. 1927, 2215.

Ausnahmen deshalb zugelassen, weil bei der Vielgestaltigkeit der der Behörde oder Anstalt zufallenden Geschäfte ihre Teilnahme am Rechtsverkehr sonst nicht selten über Gebühr beschränkt sein würde. Gerade die Starrheit der in Gesetz oder Satzung aufgestellten Regeln nötigte zu einer Ausnahme zugunsten laufender Verpflichtungsgeschäfte und gab ihr die innere Rechtfertigung. Daraus folgt, daß für solche Ausnahmen kein Raum bleibt, soweit Gesetz oder Satzung bei bestimmten, wegen ihrer Bedeutung für Körperschaft oder Anstalt besonders hervorgehobenen Geschäften die Einhaltung der für die Vertretungsmacht ihrer Organe gegebenen Vorschriften ausdrücklich fordern. Derartige Geschäfte können niemals im Sinne der angezogenen Rspr. Geschäfte der laufenden Verwaltung sein. Ihre namentliche Hervorhebung kennzeichnet sie als Geschäfte, die, wenn sie auch im Betrieb keineswegs ungewöhnlich sind, doch ihrer allgemein bejahten Wichtigkeit wegen nicht im gewöhnlichen, bei minder bedeutsamen Geschäften üblichen Verfahren erledigt werden, sondern der an bestimmte Formen gebundenen Entsch. des Vorstandes (in näher festgelegter Zusammensetzung) vorbehalten bleiben sollen. Wenn für solche einzeln aufgeführten Geschäfte die Vertretungsmacht der Organe in der Satzung weitgehend beschränkt ist, muß davon ausgegangen werden, daß dies in voller Erkenntnis einer dadurch bedingten Erschwerung des geschäftlichen Verkehrs geschehen, diese Erschwerung aber angesichts einer durch sie gewährleisteten erhöhten Sicherheit der kommunalen Sparkasse und der hinter ihr stehenden öffentlichen Interessen bewußt in Kauf genommen worden ist. Dann aber fehlt es an einem Bedürfnis für eine einschränkende Handhabung der Satzungsbestimmung und damit an einer inneren Rechtfertigung für eine derartige, demgemäß als statthaft nicht anzuerkennende Auslegung.

Hiernach erweist sich die dem BU. zugrunde liegende Annahme, daß die Bekl. zur Vorrangseinräumung wirksam verpflichtet gewesen sei, unter keinem der vom BG. behandelten oder sonst in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkte aus als begründet.

IV. Es bedarf nur noch der Prüfung, ob unabhängig von der Entstehung einer vertraglichen Verpflichtung der Bekl. die etwa im Vertrauen auf ihren Bestand vom Kl. geleistete Zahlung von 10000 RM sie wegen Verschuldens beim Vertragsschluß diesem gegenüber haften läßt. Indessen ist auch dies zu verneinen.

Das BG. will eine Schadensersatzpflicht der Bekl. — für den Fall der Unwirksamkeit einer im Dez. 1925 getroffenen Vereinbarung — aus Verschulden der Bekl. bei Vertragsschluß herleiten. Dieses Verschulden wird darin gefunden, daß die Bekl. es unterlassen habe, „auf die ungewöhnlichen Bestimmungen, vor allem aber auch auf die Verfänglichkeit und Undeutlichkeit der zum Teil einseitig ihr Interesse wahrenden Satzungen durch einen in die Augen fallenden Aushang in der Zweigstelle oder sonst in geeigneter Weise aufmerksam zu machen“. Die Bestimmungen sind indessen keineswegs ungewöhnlich. Sie kehren ihrem wesentlichen Gehalt nach nicht nur in zahlreichen Sparkassensatzungen, sondern auch in einer Reihe von Organisationsgesetzen wieder. In RG. 116, 254 [13]) ist ausgesprochen, jede Bank wisse oder müsse jedenfalls bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt wissen, daß die Sparkassen der kommunalen Körperschaften Satzungen hätten, in denen die Vertretungsbefugnisse ihrer Organe genau geregelt seien. Ob man weitergehend schon sagen kann, daß nicht nur jede Bank, sondern jeder Kaufmann dies wisse oder wissen müsse, braucht gegenwärtig ebensowenig entschieden zu werden als die weitere Frage, ob solches Kennen oder Kennenmüssen wenigstens für die Person des bei dem Geschäft durch einen RA. beratenen Kl., eines Gastwirts (und also wohl auch Kaufmanns), zu bejahen wäre. Es fehlt überdies an irgendwie zureichender Feststellung eines Verschuldens der Bekl.

(U. v. 24. Nov. 1934; V 237/34. — Celle.) [v. B.]
<= RG. 146, 42.>

[13]) JW. 1927, 2215.

3. §§ 133, 157 BGB. Wurde nach Einführung der neuen Reichswährung eine Reichsmarkschuld mit der Gleichung 1 RM = 10/42 Dollar und noch dazu „auf fester Dollarbasis“ versprochen, so ist eine Goldwertschuld in Höhe des ehemaligen, vollwertigen Golddollars anzunehmen.

Der Kl. erhielt am 1. Juli 1933 als Inhaber von Zinsscheinen zu 1100000 RM Teilschuldverschreibungen der Bekl. v. 1. Juli 1926, Serie B und hält sich nach den Anleihebedingungen für berechtigt, den vollen Nennbetrag einer ursprünglich siebenprozentigen, seit der NotVO. v. 8. Dez. 1931 sechsprozentigen Verzinsung zu beanspruchen. Die Bekl. meint dagegen, sie sei nach den Anleihebedingungen nur verpflichtet, Zahlungen zum Kurse des nordamerikanischen Dollars zu leisten, obwohl dieser durch das Eingreifen der amerikanischen Gesetzgebung seit 1933 in seinem Werte erheblich heruntergegangen ist.

Der Kl. siegte in allen drei Instanzen ob.

Die Serie B ist die mittlere von drei Serien derselben Anleihe, von denen die Serien A und C in den Vereinigten Staaten von Nordamerika untergebracht wurden, während die Serie B in Deutschland, daneben in Holland und Schweden in Verkehr gelangte. Allen drei Serien lag der Vertrag der Bekl. v. 1. Juni 1926 mit zwei Banken zugrunde, nämlich mit der National City Bank of New York und mit der D.-Bank, der Serie B außerdem der Zusatzvertrag v. 1. Juli 1926 zwischen denselben Beteiligten. Den als „Treuhänderinnen“ bezeichneten Banken waren in diesen Verträgen im wesentlichen die Stellung von Vertrags- und Grundbuchvertretern zur Wahrung der Rechte der Gläubiger i. S. des § 16 Abs. 1 SchuldverschreibungsG. v. 4. Dez. 1899 und des § 1189 BGB. angewiesen. Die Schuldverschreibungen der Serie B wurden als Verpflichtungsscheine gegenüber der D.-Bank „oder deren Ordre“ ausgestellt, waren also bei Anwendung des deutschen Rechts nach § 363 HGB. indossabel und wurden von der genannten Bank indossiert. Sie lauten auf den im Druck mehrmals hervorgehobenen Betrag „von „1000“, „eintausend Reichsmark“ — andere Stücke entsprechend auf 500 RM — mit dem kleingedruckten Zusatz: „auf fester Dollarbasis, wobei für 1 RM der Wert von 10/42 Dollar, berechnet nach dem amtlichen Berliner Mittelkurs für Auszahlung Newyork der letzten Notierung vor dem Fälligkeitstage zu setzen ist, gemäß den umstehenden Anleihebedingungen ...“

Nach § 4 der Anleihebedingungen erfolgt die Zahlung der Zinsen und Tilgungsbeträge „in deutscher Reichswährung, jedoch auf fester Dollarbasis, wobei für 1 RM“ ... (hier wird derselbe Wortlaut wiederholt). In § 6 heißt es von der Tilgung, sie erfolge nach Wahl der Schuldnerin durch Auslosung oder durch freihändigen Ankauf, und zwar im Falle der Auslosung „durch Zahlung von 102% des Nennbetrages, das ist 1020 RM für die Stücke Serie B Nr. 1—120000; 510 RM für die Stücke Serie B Nr. 120001—132000“.

In § 17 werden die Best. der Verträge v. 1. Juni und 1. Juli 1926 als Teil der Anleihebedingungen erklärt. Die beigefügten Zinsscheine lauten bei den 1000-RM-Stücken:

... Zinsschein zur 7% Teilschuldverschreibung der hypothekarischen Teilanleihe von 1926 über 1000 RM (1 RM = 10/42 Dollar) zahlbar	am ... Serie B Nr. 35 RM zahlbar am ...

Der Zinssatz von 7% ist durch die NotVO. v. 8. Dez. 1931 unstreitig auf 6% gesenkt worden. Dem trägt auch der Kl. Rechnung, indem er für jeden Zinsschein nur 30 RM verlangt.

Dieses Verlangen hat das BG. für berechtigt erklärt. Es wendet deutsches Recht an, was die Rev. nicht mehr angreift und wogegen keine Bedenken bestehen. Die Auslegung, die das BG. den Urkunden gibt, will die Rev. aber nicht gelten lassen. Das BG. findet darin das Versprechen einer Reichsmarkzahlung mit Sicherungsklausel, kraft deren im Falle eines Absinkens der Reichswährung der Wert nach dem Golddollar der Ausgabezeit, nicht nach dem durch das Eingreifen der amerikanischen Gesetzgebung geminderten Dollar der Gegenwart zu

zahlen gewesen wäre. Was die Rev. hiergegen anführt, ist nicht stichhaltig. Das RG. ist an sich in der Auslegung im vorliegenden Fall an keine Erwägungen des BG. gebunden, da es sich um eine Verpflichtung typischen Inhalts handelt und die Leistungsorte, abgesehen von denen in Holland und Schweden, sich über sieben deutsche OLG. verteilen (RG. 111, 280[1]); 144, 304[2])). Aber auch bei völlig selbständiger Auslegung kann das Ergebnis, zu dem beide Vorinstanzen gelangt sind, nur als das richtige, den Erfordernissen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte allein entsprechende (§§ 133, 157 BGB.) bezeichnet werden.

Die Rev. wendet sich zunächst dagegen, daß das BG. den Inhalt der streitigen Verpflichtung aus dem „Begebungsvertrage" zwischen der Bekl. und der deutschen Treuhänderin ermitteln will, und meint, der Begebungsvertrag sei gar nicht mit der deutschen Treuhänderin, sondern mit einem größeren Bankenkonsortium geschlossen worden, zu dem sie nur als eine von vielen gehört habe; auch sei über den Inhalt des Begebungsvertrages nichts festgestellt. Hierbei ist der Rev. eine Verwechselung unterlaufen. Was sie unter Begebungsvertrag versteht, ist der mit einer Anzahl von Banken geschlossene Vertrag über die Unterbringung der Anleihe, im Gutachten als „Anleihevertrag" bezeichnet. Das BG. meint mit dem Begebungsvertrage, dem üblichen Sprachgebrauch folgend, den Vertrag, der bei einem an Ordre gestellten Verpflichtungsschein, im Gegensatz zum Inhaberpapier (§ 794 BGB.), die Verpflichtung des Ausstellers überhaupt erst zur Entstehung bringt. Dieser Vertrag hat regelmäßig weiter keinen Inhalt, als daß der Aussteller, indem er das Papier aus der Hand gibt, dem Empfänger die Befugnis einräumt, das darin verbriefte Recht geltend zu machen oder das Papier weiterzugeben. Das BG. sagt selbst, daß bei diesem Vorgang nichts vereinbart worden sei, was sich nicht aus den Schuldverschreibungsbedingungen ergebe, und es ist auf den Begebungsvertrag ersichtlich nur darum eingegangen, um die Anwendung des § 157 BGB. zu begründen. Diese Erörterung hat aber keinerlei entscheidende Bedeutung. Der Streit der Parteien würde ganz ebenso zu entscheiden sein, wenn es sich nicht um Ordre-, sondern um Inhaberpapiere handelte.

Mit Unrecht wirft die Rev. dem BG. vor, daß es die Erklärungen der Ausstellerin in den Schuldurkunden in einzelne Teile zerpflückt und nicht als einheitliches Ganzes betrachtet habe. Was die Rev. anstrebt, ist in Wirklichkeit ein Haften am Wortlaut, das vom Ges. (§§ 133, 157 BGB.) mißbilligt wird und vom BG. vermieden worden ist. Nur als Haften am Wortlaut läßt es sich bezeichnen, wenn die Rev. meint, die Ausstellerin habe nicht Beträge von 1000 oder 500 RM versprochen, sondern Reichswährungsbeträge, deren Höhe durch den Kurs des Dollars zu errechnen sei. Das BG. hat mit Recht angenommen, daß das hier gegebene Versprechen nach dem Gesamteindruck, den es machen mußte, und nach den Umständen, unter denen es gegeben wurde, nicht so zu verstehen war. Durchaus zutreffend ist der Hinweis darauf, daß schon die wiederholte Nennung des Reichsmarkbetrages und dessen auffällige Hervorhebung durch den Druck in dem Erwerber der Papiere die Meinung nicht aufkommen lassen konnte, es werde die Schuld jemals unter diesem Betrage ausbezahlt werden. Sah er sich dazu noch die Anleihebedingungen durch, so mußte er in § 6 auf die oben angeführte Best. stoßen, die vom BG. noch nicht einmal herangezogen worden ist, und die eine andere Deutung überhaupt kaum noch zuläßt. Dort wird im Falle der Auslosung für die Stücke über 1000 RM eine Zahlung von 1020 RM, für die über 500 RM eine solche von 510 RM mit klaren Worten versprochen. Es fehlt hier jede Andeutung, daß der Betrag auch geringer sein könne. Ebenso ist den Zinsscheinen der Reichsmarkbetrag in einer Weise aufgedruckt, daß alles andere, insbes. die Dollarklausel, dagegen verschwindet.

Diese starken Hervorhebungen des Reichsmarkbetrages geben aber dem Ganzen sein Gepräge und deuten darum schon für sich allein darauf hin, daß der Gläubiger zum mindesten diesen Betrag zu beanspruchen hat. Mit vollem Recht ist daher das BU. bei der Auslegung des Gesamtinhalts der Verpflichtung davon ausgegangen, daß der versprochene Reichsmarkbetrag eine durch das deutsche MünzG. v. 30. Aug. 1924 bestimmte Leistung ist, und daß die beigefügte Dollarklausel 1 RM = $^{10}/_{42}$ Dollar nicht, wie die Rev. meint, den Sinn haben kann, die Leistung zu bestimmen, sondern nur den Zweck, den Reichsmarkgläubiger zu sichern, falls die deutsche Währung wiederum absinken sollte. Die von der Rev. angeführten Gegenbeispiele, in denen der Dollarkurs zur Best. der Leistung selbst diente, rühren sämtlich aus der Zeit vor dem MünzG. her. Gewiß besteht auch nach dem Inkrafttreten des MünzG. die theoretische Möglichkeit, und das BG. hat sie, indem es von einer Reichsmark sui generis spricht, nicht ausgeschlossen, die Höhe einer Reichsmarkschuld so zu vereinbaren, daß sie auf Grund des Verhältnisses zu einer ausländischen Währung zu berechnen ist. Die Frage ist nur, ob das hier gegebene Versprechen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte so zu verstehen war. Das hat das BG. mit Recht verneint und hat sich dabei auch nicht, wie die Rev. meint, widersprochen, indem es die Schuld nach dem Dollar für den Fall einer über die gewöhnlichen Kursschwankungen hinausgehenden Entwertung der Mark und **nur** für diesen Fall berechnet wissen will. Damit legt es nicht, wie die Rev. ihm vorwirft, den Begriff der Reichsmark aus, den es vorher als gesetzlich festgelegt bezeichnet hatte. Sondern es legt die Gleichung 1 RM = $^{10}/_{42}$ Dollar aus und untersucht, was sie nach den §§ 133, 157 BGB. zu bedeuten hat.

Daß damit nur eine Sicherung gegen die Entwertung der Reichsmark gemeint sein konnte, entnimmt das BG. auch mit Recht aus § 4 der Anleihebedingungen, wo die Schuld als in Reichswährung zahlbar bezeichnet und auf „feste Dollarbasis" gestellt wird. Damit wurde die Vorstellung, die der Verkehr zur Zeit der Ausgabe der Schuldverschreibungen mit der Gleichung 1 RM = $^{10}/_{42}$ Dollar verband, noch verstärkt. Nach den Erfahrungen, die man in der Zeit des Verfalls der deutschen Markwährung gemacht hatte, mußte der Erwerber einer mit dieser Gleichung bezeichneten und noch dazu ausdrücklich auf feste Dollarbasis gestellten Schuldverschreibung, gleichviel, ob das Wort „fest" auf „Basis" oder auf „Dollar" zu beziehen war, darin das Versprechen einer **Goldwertschuld** sehen. Die gewöhnlichen Formen solcher Goldwertschulden waren die der Feingoldwertschuld und die der Dollargoldwertschuld. Beide waren in Übung. Die Dollargoldmark war ein u. a. in die VO. über Goldbilanzen v. 28. Dez. 1923 übergegangener Begriff; nach § 1 Abs. 2 dieser VO. galt als Goldmark ebenfalls der Gegenwert von $^{10}/_{42}$ des nordamerikanischen Dollars. Wenn nun nach Einführung der neuen Reichswährung die Dollarbasis und diese Gleichung noch vielfach beibehalten wurde, so erklärte sich das aus dem noch nicht gefestigten Vertrauen in die neue Währung und sollte dem Gläubiger einen Schutz bieten. Wurde daher eine Reichsmarkschuld mit jener Gleichung und noch dazu „auf fester Dollarbasis" versprochen, so konnte das nur bedeuten, daß die Reichsmarkschuld zugleich eine Goldwertschuld sein und der Gläubiger vor jedem Verlust durch Währungsverfall geschützt sein sollte.

Demgemäß ist es auch durchaus zutreffend, wenn das BG. unter dem Dollar i. S. der Schuldverschreibung den Golddollar aus der Zeit ihrer Ausgabe versteht und der amerikanischen Gesetzgebung keinen Einfluß auf das nach deutschem Recht zu beurteilende Schuldversprechen einräumt. Dabei nimmt es nicht, wie die Rev. meint, eine Lücke im Vertragsverhältnis an und greift nicht zur ergänzenden Vertragsauslegung. Einer solchen bedarf es hier nicht (vgl. **Mügel**: DJZ. 1933, 1155; JW. 1934, 518). Ist eine Goldwertschuld versprochen worden, so bleibt der Leistungsinhalt durch das spätere Schicksal des Dollars unverändert. Die Kursnotierungen i. S. der Schuldverschreibung waren alsdann diejenigen des ehemaligen vollwertigen Golddollars, die Notierungen des Währungsdollars der Gegenwart sind für den Leistungsinhalt bedeutungslos.

Das BG. hat weiter in eingehenden Ausführungen nachgewiesen, daß der von ihm angenommene Inhalt der Schuld-

---

[1]) JW. 1925, 2603 [2]) JW 1934, 1849[2].

verpflichtung auch mit dem „Treuhandvertrage“ v. 1. Juni 1926 durchaus im Einklang steht. Die Rev. findet diese Betrachtung müßig, weil der Inhalt der Schuldverpflichtung aus der Serie B durch den Zusatzvertrag v. 1. Juli 1926 genau festgelegt worden sei. Dabei berücksichtigt die Rev. aber nicht, daß die Bekl. sich selbst auf den Vertrag v. 1. Juni 1926 berufen hatte, um daraus herzuleiten, daß sie bei Zugrundelegung des vollen Reichsmarkbetrages den in Dollar angesetzten Ausgabebetrag für die Serie B nicht innehalten könnte, sondern ihn bereits überschritten hätte. Das hätte vielleicht, obwohl die Rev. darin anderer Meinung zu sein scheint, ein Bedenken gegen die vom BG. vertretene Auslegung begründen können, denn der Vertrag v. 1. Juni 1926 gilt nach § 17 der Anleihebedingungen als deren Bestandteil. Das BG. weist nun aber aus dem Zusammenhang des Vertrages überzeugend nach, daß die Höchstbeträge der Ausgabe für alle drei Serien der Anleihe, also auch für die Serie B, ebenfalls in Golddollar ausgeworfen sind. Das ergibt sich ganz klar aus Art. XVII Abschnitt 2 des Vertrages. Es heißt dort: „Alle Umwandlungen von Dollar in Reichsmark des Deutschen Reiches oder von Reichsmark in Dollar sollen zum Kurse von 1 *RM* = 0,238 Dollar in Goldmünzen der Vereinigten Staaten von Amerika von dem am 1. Juni 1926 bestehenden Gewichts- und Feingehaltsstandard vorgenommen werden, um das Recht der Gesellschaft auf Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Zahlung von Bargeld oder auf Freigabe von Eigentum auf Grund irgendeiner Anordnung dieses Vertrages zu bestimmen oder den Betrag der zu irgendeiner Zeit ausstehenden Schuldverschreibungen zu ermitteln.“

Wegen näherer Einzelheiten kann auf das BU. verwiesen werden, gegen dessen Ausführungen die Rev. in diesem Punkte nichts vorgebracht hat. Damit ist der auf den Vertrag vom 1. Juni 1926 gestützte Einwand der Bekl. widerlegt und jenes Bedenken gegen die Auslegung, die das BG. der Schuldverschreibung gibt, behoben.

Wenn sich die Bekl. trotz alledem den niedrigen Stand des Dollars der Gegenwart glaubt zunutze machen zu können, so verkennt sie die Erfordernisse von Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrssitte. Diese Gesichtspunkte und nicht das Haften am Wortlaut sind aber nach den §§ 133, 157 BGB. für die Auslegung entscheidend. Indem der erk. Sen. sich hierin den Vorinstanzen anschließt, hält er sich in der Linie seiner Entsch. v. 14. Dez. 1933, VI 380/33 (SeuffArch. 88 Nr. 32) und v. 12. Nov. 1934, VI 310/34 und VI 370/34 [3]). Die Entsch. v. 28. Juni 1934, VI 68/34 [4]) (RG. 145, 51) betraf einen wesentlich anderen Tatbestand.

(U. v. 14. Dez. 1934; VI 463/34. — Düsseldorf.) [H.]
(= RG. 146, 1.)

4. §§ 426, 823, 831, 852 BGB.; § 17 KraftfG.; § 322 ZPO.

1. Der Ausgleichsanspruch aus Satz 1 des § 17 Abs. 1 KraftfG. unterliegt, wie der aus § 426 BGB., nicht der kurzen Verjährung. Der Klage aus Satz 2 kann entgegengehalten werden, daß der in § 17 vorausgesetzte gesetzliche Schadensersatzanspruch des Beschädigten gegen den Schädiger nicht bestehe, da er durch Verjährung erloschen sei. —

2. Den Beweis für die Ausgleichspflicht nach § 17 kann der Ausgleichskläger nicht schon allein durch die Bezugnahme auf ein rechtskräftiges Urt. führen, laut welchem der Bekl. gegenüber dem Beschädigten unterlegen ist. — Liegt auf seiten des Halters Verschulden nicht vor, und greift auch § 831 nicht ein, so ist eine Heranziehung des Halters, in dessen Fahrzeug ein Insasse beim Zusammenstoß mehrerer Fahrzeuge verletzt wurde, zur Ausgleichung nicht möglich. —

3. Schon geringe Mengen Alkohol können eine Nervenerschlaffung des Führers herbeiführen, die den Antritt einer Fahrt unzulässig erscheinen läßt. †)

Am 21. Juli 1929 veranstaltete ein Klub ein Picknick, für welches der Ökonom S. die erforderlichen Speisen und Getränke liefern sollte. Die Beförderung der Speisen usw. zu dem Picknickort erfolgte durch einen Lieferkraftwagen des Milchhofs GmbH., der ebenso wie sein Geschäftsführer M. Mitglied des Klubs war und den Lieferkraftwagen für den Transport auf Veranlassung des Klubs zur Verfügung stellte. Mit dem Lieferkraftwagen fuhr auch das Personal zu dem Orte des Picknicks, welches dem Ökonomen S. behilflich sein sollte. Zu diesem Personal gehörte auch der Gastwirt H., welcher von S. für das Picknick zu seiner Unterstützung gegen Entgelt angenommen worden war. Der Lieferkraftwagen wurde von dem im Dienst des Milchhofs stehenden Kraftwagenführer F. gesteuert. Auf der Rückfahrt von dem Picknick stieß der Kraftwagen mit einem Zuge der Kleinbahn des klagenden Landkreises zusammen, deren Geleise die von dem Kraftwagen benutzte Chaussee kreuzt. Sämtliche Insassen erlitten Verletzungen.

In einem Vorprozeß wurde auf die Klage des H. die Verpflichtung des F., des Klubs und des Milchhofs zum Schadensersatz festgestellt. In einem zweiten Vorprozeß wurde auf die Klage des H. der Landkreis zu gewissen Zahlungen verurteilt. Er zahlte 5000 *RM*.

In einem dritten Vorprozeß wurde die Klage eines anderen Verletzten gegen die Bahn zugesprochen, gegen den Milchhof abgewiesen.

Der Landkreis verlangte dann von dem Milchhof Erstattung der 5000 *RM* und beantragte auch weitere Feststellung, wurde aber mit seiner Klage abgewiesen. RG. hob auf und verwies zurück.

1. Die Rev. rügt zunächst die Annahme des BG., daß das von H. gegen den bekl. Milchhof erwirkte Urt. keine Rechtskraft für den Ausgleichsanspruch des jetzigen Kl. gegen den Milchhof habe. Die Rev. verkennt nicht, daß nach der Rspr. des RG. ein von dem Gläubiger gegen einen der Gesamtschuldner erwirktes obsiegendes Urt. für das Verhältnis der Gesamtschuldner untereinander keine Rechtskraft schaffe, soweit § 426 BGB. in Betracht komme. Sie meint aber, im § 17 KraftfG. sei als objektive Voraussetzung der Ausgleichspflicht bestimmt, daß die beteiligten Fahrzeughalter einem Dritten kraft Gesetzes zum Schadensersatz verpflichtet seien. Den Beweis für diese Ausgleichspflicht könne der Ausgleichskläger durch Bezugnahme auf das rechtskräftige Urt. führen.

---

[3]) JW. 1935, 189¹. [4]) JW. 1934, 2330².

Zu 4. Die wesentliche Bedeutung des Urteils liegt darin, daß es, soweit es sich mit § 17 KraftfG. befaßt, den Abschluß einer seit Jahren schwebenden Streitfrage darstellt. Darüber siehe unter 3. Vorweg ist zu den Leitsätzen 1 und 2 zu bemerken:

1 und 2. Der Ausgleichungsanspruch der Gesamtschuldner untereinander nach § 426 BGB. ist ein selbständiger von dem zugrunde liegenden Anspruch des Gläubigers losgelöster Anspruch eigener Art. Für den Ausgleichungsanspruch schafft deshalb das Urteil des Gläubigers gegen einen der Schuldner keine Rechtskraft, und es gilt für ihn nicht die Verjährungsvorschrift, unter der der Hauptanspruch steht. In gleicher Weise ist der Anspruch nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KraftfG. zu beurteilen, der Fall also, daß durch Unfall mehrerer Kraftfahrzeuge ein Dritter verletzt worden ist und dieser einen der Halter mit Erfolg in Anspruch genommen hat. Fordert der verurteilte Halter nun von den Haltern der übrigen beteiligten Fahrzeuge Schadensausgleichung, so ist die Rechtslage die gleiche wie bei § 426 BGB. Der Ausgleichungsanspruch ist ein Anspruch ganz anderer Art als der Schadensersatzanspruch des Dritten.

Dagegen behandelt § 17 Abs. 1 Satz 2 den Fall der Beschädigung eines der beteiligten Halter. Es fordert hier der Geschädigte, gestützt auf seinen Schadensersatzanspruch, Verteilung des Schadens (Ausgleichung) auf die Beteiligten. Es stehen sich gegenüber der Beschädigte und die Ersatzpflichtigen.

§ 17 Abs. 1 Satz 1 gibt dem vom Geschädigten in Anspruch Genommenen einen Anspruch gegen die übrigen Beteiligten auf Schadensverteilung. Die Rechtsgrundlage dieses Ausgleichungsanspruchs ist eben § 17 Abs. 1 Satz 1. Nach Satz 2 dagegen wird dem Anspruch des Geschädigten (beteiligten Halters) der Anspruch auf seine Beteiligung an der Tragung des Schadens entgegengesetzt; der Anspruch des Ge-

Zwischen der Ausgleichung nach §§ 426, 840 BGB. und der Ausgleichung nach § 17 KraftfG. beständen überdies erhebliche Unterschiede. Nach RG. 69, 422, 427[1]) stehe gegenüber dem Ausgleichsanspruch aus § 840 BGB. den in Anspruch genommenen übrigen Gesamtschuldnern nicht die Einrede zu, daß der Anspruch des Geschädigten ihnen gegenüber nach § 852 BGB. verjährt sei. Dagegen könne nach RG. 90, 290, 295[2]) auf die Klage erwidert werden, daß der in § 17 KraftfG. vorausgesetzte gesetzliche Schadensersatzanspruch des Geschädigten gegen den Schädiger nicht bestehe, da er durch Verjährung erloschen sei. Außerdem müsse mit dem Erläuterungsbuch von *Müller* C I a 5 zu § 17 KraftfG. angenommen werden, daß der Halter eines Kraftwagens nach § 17 KraftfG. zur Ausgleichung verpflichtet sei, auch wenn für ihn keine Schadensersatzverpflichtung gegenüber dem Beschädigten bestehe. Das müsse in Weiterbildung der Rspr. des RG. zu § 17 Abs. 1 Satz 2 daraus gefolgert werden, daß der geschädigte Fahrzeughalter auch dann ausgleichspflichtig sei, wenn er Insasse des Kraftwagens gewesen sei, also nach § 8 KraftfG. einem Dritten gegenüber nicht schadensersatzpflichtig geworden wäre. Diese Ansicht sei von der Rev. schon in dem in RG. 84, 415 entschiedenen Falle vertreten, aber vom RG. mit der Begründung abgelehnt worden, daß der Ausgleichsanspruch die Schadensersatzpflicht dem Geschädigten gegenüber zur Voraussetzung habe; von dieser Begründung sei aber in dem erwähnten Falle des verletzten Kraftwagenhalters abgewichen worden.

Die Rüge ist nicht begründet. Nach § 322 ZPO. sind Urt. der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Dieser dem Prozeßrecht angehörende Satz ist der Grund für die Rspr., daß ein Urt., das der Gläubiger gegenüber einem Gesamtschuldner erwirkt hat, keine Rechtskraft hat für den Ausgleichsanspruch, den ein Gesamtschuldner gegen den anderen Gesamtschuldner geltend macht. Das BGB. behandelt das innere Schuldverhältnis der Gesamtschuldner untereinander als ein solches, das selbständig neben dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner hergeht. Der Ausgleichsanspruch aus § 426 BGB. ist kein Anspruch aus unerlaubter Handlung, auch wenn der dem Ausgleichsanspruch zugrunde liegende Vorgang im Verhältnis zum Gläubiger eine unerlaubte Handlung darstellt. Daraus folgt, daß der Ausgleichsanspruch der Verjährung aus § 852 BGB. nicht unterliegt. Das ist in RG. 69, 422[3]) ausgesprochen und daran ist festzuhalten. Deshalb kann sich auch im vorliegenden Rechtsstreit der Kl. dem Bekl. gegenüber nicht darauf berufen, daß dieser in dem Vorprozeß gegenüber dem Beschädigten H. unterlegen sei.

Die Rev. irrt, wenn sie annimmt, daß in RG. 90, 290, 295[4]) für den Ausgleichsanspruch aus § 17 KraftfG., soweit er einen dem § 426 BGB. entsprechenden Tatbestand regelt, etwas anderes gesagt sei. Auch dort ist ausgeführt (S. 293): Die erste Vorschrift des § 17 — in Abs. 1 Satz 1 — bestimme den Ausgleichsanspruch im Verhältnis mehrerer Kraftfahrzeughalter untereinander, die im Falle der Verursachung eines Schadens durch mehrere Kraftwagen einem Dritten gesetzlich zum Schadensersatz verpflichtet seien, möge diese Verpflichtung aus dem KraftfG. oder aus einer anderen Gesetzesvorschrift hervorgehen; „das ist ein vom Schadensersatzanspruch des Beschädigten dem Inhalt wie der Personenbeziehung nach vollständig verschiedener Anspruch, auf den § 14 (kurze Verjährung) nicht angewendet werden kann". Der in Abs. 1 Satz 1 des § 17 KraftfG. geregelte Ausgleichsanspruch des einen Kraftwagenhalters gegen den anderen Kraftwagenhalter, der darauf beruht, daß im Betriebe beider Kraftwagen *ein Dritter* beschädigt ist, ist also *in der Frage der Verjährung* nicht anders zu beurteilen, als der Ausgleichsanspruch aus § 426 BGB. Ganz anders ist die Rechtslage in § 17 Abs. 1 Satz 2 KraftfG., mit der sich der von der Rev. angeführte Satz der Entsch. (S. 295) befaßt. Hier ist der Kraftwagenhalter zugleich *der Beschädigte*. Daraus ergibt sich folgendes: Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 setzt ebenso wie die übrigen Bestimmungen dieses Paragraphen einen Schadensersatzanspruch des Beschädigten voraus, der sich aus dem KraftfG. oder einer anderen gesetzlichen Vorschrift ergibt. Die Ausgleichspflicht ist eine Auswirkung der

---

schädigten ist Anspruch aus § 7 KraftfG. oder aus § 823 BGB.; daß diesem Anspruch die Verjährungseinrede entgegengesetzt werden kann, ist selbstverständlich und bedurfte keiner Hervorhebung. Nun führt das RG. aus, es könne auf die Klage des Beschädigten, der zugleich Halter sei, erwidert werden, daß der in § 17 vorausgesetzte gesetzliche Schadensersatzanspruch des Beschädigten gegen den Schädiger nicht bestehe, weil er verjährt sei. Das bedeutet: Der Anspruch der übrigen beteiligten Halter gegen den beschädigten Kl. auf Ausgleichung, d. h. die Heranziehung des Kl. zur Mittragung seines Schadens, ist *Einwand* aus § 17 Abs. 1 Satz 2, „Einwand der mitwirkenden Betriebsgefahr" (SeuffArch. 86 Nr. 149). Klagt nun der Kl. aus § 823 oder 831 BGB., weil sein Anspruch aus § 7 KraftfG. verjährt ist, und setzt der Bekl. den Einwand aus § 17 Abs. 1 Satz 2 entgegen, so kann der Kl. diesen Einwand nicht mit dem Hinweis zurückschlagen, die Klage sei ja nicht aus dem KraftfG. erhoben; denn der Einwand aus § 17 Abs. 1 Satz 2 ist auch gegen Klagen aus BGB. zulässig (RG. a. a. O.). Die Verjährung des Anspruchs aus dem KraftfG. hindert nicht die Heranziehung des Kl. zur Ausgleichung nach § 17 Abs. 1 Satz 2. Nur wenn der Kl. überhaupt nicht für den Schaden haftbar gemacht werden könnte, würde er auch nicht zur Ausgleichung herangezogen werden können, weil ja die Ausgleichspflicht eine Folge der Ersatzpflicht ist; ist dagegen nur der Anspruch aus dem KraftfG. verjährt, besteht aber der aus BGB. weiter, so kann diesem Anspruch der § 17 Abs. 1 Satz 2 entgegengehalten werden; denn „die Verjährung kann wohl die Ansprüche des Kl. beschränken, sie kann aber nicht seine eigene Haftung beseitigen, soweit diese nicht als Grundlage eines gegen den Kl. geltend gemachten Anspruchs, sondern lediglich für den Umfang des dem Kl. selber zustehenden Anspruchs in Betracht kommt" (RG. a. a. O.).

3. *Zur Ausgleichungspflicht nach § 17 KraftfG.* Auch dieses Urteil zeigt deutlich die Schwierigkeiten, die der nicht sehr glücklich gefaßte § 17 der Rspr. bereitet. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß auch die nunmehrige abschließende Regelung einer alten Streitfrage zwar deren Beseitigung, aber doch nicht eine sachlich völlig befriedigende Lösung bringt.

§ 17 regelt, soweit er hier in Frage kommt, die Ersatzpflicht in dem Fall, daß mehrere Kraftfahrzeuge an der Verursachung des Schadens beteiligt sind; alsdann soll der Unfallschaden unter den mehreren Haltern der beteiligten Fahrzeuge nach dem Grade verteilt werden, in dem jedes Fahrzeug den Schaden verursacht hat; und zwar gilt dieser Grundsatz in gleicher Weise, wenn der Schaden einem unbeteiligten Dritten, wie auch in dem Fall, daß er einem der beteiligten Fahrzeughalter selbst entstanden ist. Es sind also die Halter der beteiligten Fahrzeuge untereinander ersatzpflichtig nach dem Grad der Verursachung; nach diesem Grad muß sich der selbst geschädigte Halter seine eigene Heranziehung zur Erstattung seines eigenen Schadens gefallen lassen; sein Schaden wird zwischen ihm und den übrigen Haltern ausgeglichen.

Nach ständiger Rspr., gefolgert aus den Worten „und sind die ... Fahrzeughalter ... zum Ersatze ... verpflichtet", ist die Heranziehung zur Ausgleichung nur zulässig, wo eine Ersatzpflicht besteht; fehlt sie, so kann sie auch nicht auf dem Umweg über eine Heranziehung zur Ausgleichung geschaffen werden. Wendet man diesen Grundsatz auf den selbst geschädigten Halter eines beteiligten Fahrzeugs an, so entstehen keine Auslegungsschwierigkeiten dann, wenn er als am Verkehr der Kraftfahrzeuge unbeteiligt, etwa wie ein unbeteiligter Fußgänger, geschädigt worden ist. Wäre er (als Halter eines beteiligten Fahrzeugs) diesem Fußgänger ersatzpflichtig, so muß er sich auch seine Heranziehung zur Ausgleichung seines Schadens gefallen lassen. Wie aber, wenn der Halter als Insasse seines Fahrzeugs verletzt worden ist? Einem Insassen würde der Halter, von Verschulden abgesehen, nicht ersatzpflichtig sein (§ 8 KraftfG.). Die Voraussetzung der Heranziehung des Halters zur Ausgleichung des ihm als Insassen seines Fahrzeugs entstandenen Schadens läge also nicht vor. Trotzdem hat die Rspr. nach einigem Schwanken die Ausgleichungspflicht auch in diesem Fall bejaht (RG. 130, 129 = JW. 1930, 2943); der in seinem Fahrzeug verletzte Halter muß sich die mitursächliche Betriebsgefahr seines Fahrzeugs entgegenhalten lassen.

Wie ist nun aber die Rechtslage für den Halter desjenigen beteiligten Fahrzeugs, dessen (Dritter) Insasse verletzt worden ist? Können die Halter der übrigen beteiligten Fahrzeuge jenen Halter zur Ausgleichung des dem Dritten entstandenen Schadens mitheranziehen, obwohl dieser Halter dem Dritten — von Verschulden abgesehen — nicht haftet? Voraussetzung einer Heranziehung zur Ausgleichung ist

[1]) JW. 1909, 18. [2]) JW. 1917, 853.

[3]) JW. 1909, 18. [4]) JW. 1917, 853.

Schadensersatzpflicht (vgl. RG. 123, 164[5]) mit Nachweisungen). Der Klage des **Beschädigten** gegen den Ersatzpflichtigen kann ebenso wie jede andere Einrede auch die Einrede der Verjährung entgegengesetzt werden, es kann also, wie es in RG. 90 auf S. 295[6]) heißt, auf die Klage — des **Beschädigten**, der zugleich Halter ist — erwidert werden, daß der in § 17 vorausgesetzte gesetzliche Schadensersatzanspruch des Beschädigten gegen den Schädiger nicht bestehe, da er durch Verjährung erloschen sei. Das ist die Verjährung, die dem gerade vorliegenden Schadensersatzanspruch entgegensteht, also nicht gerade die Verjährung des § 14 KraftfG. schlechthin. Das ist in neuerer Zeit auch in dem Urt. des erk. Sen. v. 21. April 1932, VI 17/32: SeuffArch. 86 Nr. 149 anerkannt worden, wo mit Recht dargelegt wird, daß der Anspruch des klagenden Führers aus § 17 KraftfG. noch nicht dadurch beseitigt wird, daß der Anspruch aus § 7 verjährt ist; denn der Anspruch würde erst dann wegfallen, wenn der Kraftwagenführer den ihm nach § 18 KraftfG. obliegenden Entlastungsbeweis erbracht hat.

2. In zweiter Reihe will die Rev. einen Ausgleichsanspruch aus § 17 Abs. 1 Satz 1 im Anschluß an das Erläuterungsbuch von **Müller**, 8. Aufl., S. 400, 401 auch dann als begründet ansehen, wenn eine Schadensersatzverpflichtung des Fahrzeughalters gegenüber dem Beschädigten nicht besteht. Dieser Auffassung ist nicht beizutreten. Daß die Ausgleichspflicht mehrerer Kraftfahrzeughalter aus § 17 Abs. 1 Satz 1 KraftfG. nicht schon dann gegeben ist, wenn ein Schaden durch mehrere Kraftfahrzeuge verursacht ist, ergibt der klare und eindeutige Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift; denn danach muß die weitere Voraussetzung hinzutreten, daß die beteiligten Fahrzeughalter einem Dritten kraft Gesetzes zum Ersatz des Schadens verpflichtet sind. Deshalb hat, wie oben dargelegt, die Rspr. zutreffend die Ausgleichspflicht als die Auswirkung der Schadensersatzpflicht angesehen. Die Rev. will in Übereinstimmung mit **Müller**, 8. Aufl., S. 400, 401, aus der Rspr. des RG. zu § 17 Abs. 1 Satz 2 folgern, daß nach Satz 1 die uneingeschränkte Gefährdungshaftung des Halters ohne die Möglichkeit der Entlastung aus § 7 KraftfG. besteht. Die Auslegung des § 17 Abs. 1 Satz 2, wie sie u. a. in RG. 130, 129[7]) vorgenommen worden ist, beruht auf einem Gesichtspunkt, der nicht zu der von der Rev. gewünschten Rechtsfortbildung führen kann. Es handelte sich in jener Entsch. wie in anderen gleicher Art (DAutoR. 1931 Sp. 170 u. a.) darum, wie die Vorschrift auszulegen sei: „Das gleiche — wie in Satz 1 bezüglich der Haftung mehrerer Fahrzeughalter gegenüber einem beschädigten Dritten — gilt, wenn der Schaden einem der beteiligten Fahrzeughalter entstanden ist, von der Haftpflicht, die für einen anderen von ihnen eintritt." Es kam in Frage, ob in diese Vorschrift die Bestimmung des § 8 Nr. 1 einzuschalten sei, wonach die grundlegende Vorschrift des § 7 über die Haftung des Halters dann nicht anzuwenden ist, wenn zur Zeit des Unfalls der Verletzte durch das Fahrzeug befördert wurde oder bei dem Betriebe des Fahrzeugs tätig war. Die Frage spitzte sich also, soweit der Halter in Betracht kommt — bei dem Führer liegt die Sache grundsätzlich nicht anders —, dahin zu: Braucht sich der in seinem Kraftwagen beförderte Halter die von seinem eigenen Fahrzeuge ausgehende Betriebsgefahr, die zur Haftung nach § 7 mit der dort gegebenen Entlastungsmöglichkeit führt, deshalb überhaupt nicht entgegenhalten zu lassen, weil er, wenn nicht er selbst, sondern ein Dritter in diesem Wagen gefahren wäre, diesem gem. § 8 Nr. 1 auf Grund des KraftfG. nicht haften würde? Die Frage ist in Übereinstimmung mit der weit überwiegenden Rspr. und mit dem Schrifttum verneint worden, nicht nur auf Grund der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, sondern vor allem, weil der Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 des § 17 das nach der Erfahrung weitaus größte Anwendungsgebiet entzogen würde, wenn man denjenigen Halter, der in seinem Wagen fährt, davon ausschließen würde. Der Fall, daß der Halter bei dem Betrieb seines Fahrzeugs verletzt wird, ohne daß er in diesem befördert wird oder bei dessen Betriebe tätig ist, wird immerhin selten sein. Daß der Grundgedanke des § 8 Nr. 1 in solchem Falle mit dem Aufbau des § 17 in Verbindung gebracht werden könnte, liegt von vornherein sehr fern. Mit der Auslegung des klaren und eindeutigen Satzes 1 des Abs. 2 § 17 hat das nichts zu tun.

3. Dagegen ist die Rüge der Rev. begründet, daß das BG. den Entlastungsbeweis aus § 831 BGB. zu Unrecht als geführt angesehen habe.

Es kann für die Frage, ob ein Kraftwagenführer in der Lage ist, den Kraftwagen ohne Gefährdung seiner Insassen und des Verkehrs zu führen, nicht gerade darauf ankommen, ob der Führer „angetrunken", noch weniger, ob er „betrunken" ist; schon geringe Mengen Alkohol können eine Nervenschlaffung des Führers herbeiführen, die den Antritt einer solchen Fahrt unzulässig erscheinen läßt. Diese Wirkung des Alkohols auf den Kraftwagenführer braucht bei vielen Führern nach außen hin gar nicht wahrnehmbar zu sein. Das hat das RG. als Erfahrungssatz wiederholt hervorgehoben (RG. 128, 229, 232[8]) u. a.). Die gleiche Auffassung vertritt das PrOVG. zur Frage der Entziehung der Fahrerlaubnis (Urt. v. 11. Dez. 1924: OVG. 79, 118 und v. 31. Mai 1934: JW. 1934, 2585[3]). Übrigens ist in der — hier noch nicht anwendbaren — KraftfVerkVO. v. 10. Mai 1932 in § 17 Abs. 2 die Wirkung geistiger Getränke auf den Kraftwagenführer besonders hervorgehoben. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß der 21. Juli 1929 ein besonders schwüler und heißer Tag war; an einem solchen Tage aber pflegt auch die Wirkung des Alkohols sich zu erhöhen.

(U. v. 29. Nov. 1934; VI 331/34. — Düsseldorf.) [H.]
<= RG. 146, 97.>

---

ja doch das Bestehen einer Ersatzpflicht; fehlt diese, so kommt jene nicht in Frage. Also wäre die Folgerung: Werden Halter und Dritter im Fahrzeug des Halters verletzt, so muß sich wegen seines eigenen Schadens der Halter die Betriebsgefahr seines Fahrzeugs entgegenhalten, er muß sich also insoweit zur Ausgleichung mit den übrigen Haltern heranziehen lassen; nicht aber hätte Gleiches zu gelten für den Schaden des Dritten; diesen Schaden hätten die übrigen Halter allein zu tragen. Es ist schwer einzusehen, warum man den Fall der Verletzung des Dritten als Insassen — vom Standpunkt der Gefährdungshaftung, des Einstehens für die Betriebsgefahr des Kraftfahrzeugs — anders behandeln sollte als den Fall der Verletzung des Halters selbst. Gegen eine solche nunmehr vom RG. abgelehnte Folgerung (gleicher Behandlung) aus der Rspr. des RG. hatte ich mir selbst (JW. 1931, 864) den Einwand gemacht, sie sei nur schwer in Einklang zu bringen mit § 17 Abs. 1 Satz 1 „und sind die beteiligten Fahrzeughalter einem Dritten kraft Gesetzes zum Ersatze des Schadens verpflichtet". In dem gleichen Gedankengang lehnt nunmehr das RG. jene Folgerung ab; es stellt, soweit bekannt, erstmalig eindeutig klar, daß eine Heranziehung des Halters zur Ausgleichung des seinem Insassen entstandenen Schadens dann nicht möglich ist, wenn der Insasse diesem Halter nicht ersatzpflichtig ist; die Heranziehung ist also nur bei Verschulden oder nach § 831 möglich. Diese Klarstellung ist als solche, als Erledigung einer Streitfrage, zu begrüßen.

4. Die Ausführungen über den **Alkoholgenuß**, insbes. über die Bedeutung des Genusses auch schon unbedeutender Mengen Alkohols für die Führung von Kraftfahrzeugen, entsprechen ständiger Rspr. und sind nicht zu beanstanden. Der Bedeutung der Alkoholfrage trägt die neueste Verkehrsregelung, die RStraßVerkO., in besonderer Weise Rechnung: Am Verkehr darf grundsätzlich nicht teilnehmen, wer infolge körperlicher oder geistiger Mängel sich nicht sicher im Verkehr bewegen kann (§ 2 Abs. 2 RStraßVerkO.). Diese Vorschrift ist Schutzgesetz zugunsten der übrigen Verkehrsteilnehmer (§ 823 Abs. 2 BGB.); wer ihr zuwiderhandelt, ist strafbar nach § 36 RStraßVerkO. „Mängel" sind nicht nur die — gegenüber dem Regelzustand ungünstigeren — Dauerverhältnisse, sondern auch vorübergehende Zustände, z. B. gelegentliche Einwirkung von Alkohol. Wer unter ihr ein Kraftfahrzeug nicht sicher führen kann, muß also von der Führertätigkeit zurückstehen; es entscheidet somit nicht die Einwirkung des Alkohols allein, sondern die aus ihr folgende Unfähigkeit zum sicheren Führen.

MinR. Geh. RegR. Dr. **Müller**, Berlin.

[5]) JW. 1929, 917. [6]) JW. 1917, 853. [7]) JW. 1930, 2943. [8]) JW. 1930, 2854.

5. § 4 PatG. Zur Frage der Abgrenzung der Rechtsbegriffe Nebenanspruch und Unteranspruch. †)

Mit Recht geht das OLG. davon aus, daß die Klage nur Erfolg haben kann, wenn der Inhaber des DRP. 458 361 für die in Anspruch 2 näher gekennzeichnete Konstruktion bei Verdeckbezügen mit auf seitlichen Führungsschienen verschiebbaren Verdeckspiegeln und einer am Verdeck angeordneten Führungsrinne einen besonderen selbständigen Schutz genießt. Aus der Patenterteilung selbst würde sich das nur dann ergeben, wenn es sich um einen sog. Nebenanspruch handelte, der selbständig eine Erweiterung der Erfindung des Hauptanspruchs, nicht nur seine Modifikation — im einzelnen hinzufügend, ändernd, auslassend — enthält. Letzteres ist in der Regel schon ohne weiteres anzunehmen, wenn ein zweiter Anspruch auf die im Hauptanspruch bezeichnete Erfindung Bezug nimmt. Soll damit nicht nur eine Wiederholung vermieden, sondern tatsächlich nur eine Abart der Erfindungsausführung mitgeteilt werden, so ergibt sich aus der Patenterteilung ein selbständiger Schutz nicht, weil das RPatA. die Schutzvoraussetzungen in solchen Fällen nicht zu prüfen pflegt, nur glatte Selbstverständlichkeiten zurückweist. Bei solchen Unteransprüchen hat nun das ordentliche Gericht, ähnlich wie bei Beanspruchung des Schutzes für das Element einer im Anspruch nur einheitlich unter Schutz gestellten Kombination zu prüfen, ob die im einzelnen Fall durch den Unteranspruch besonders gekennzeichnete Konstruktion für sich allein neu ist und schutzwürdig erscheint. Das Gericht ist dabei durch die Entsch. des RPatA. nur dann gebunden, wenn im Erteilungsverfahren der selbständige Schutz für den Unteranspruch ausdrücklich versagt (RG.: GewRSch. 1909, 173) oder der Schutzumfang in irgendeiner Richtung ausdrücklich festgelegt ist. Im übrigen ist das Gericht nicht gebunden. Von dieser seit langer Zeit befolgten Rspr. (vgl. RG.: MuW. 30, 482; 31, 28 u. 207; 32, 20 und Mitt. 33, 145) abzugehen, liegt kein Anlaß vor. Diese Auffassung wird auch im Schrifttum (Pietzcker, Anm. 70 zu § 4; Krauße, Anm. 11 zu § 4 PatG.) durchweg gebilligt. Wenn Lutter (Patentrechtl. Fragen, herausgegeben vom RPatA., 1930, 15 ff.) im Gegensatz zu Pietzcker (das. S. 20 ff.) die Forderung aufstellt, daß das RPatA. im Erteilungsverfahren über den besonderen Schutz von Kombinationselementen und der besonderen Merkmale eines Unteranspruchs ausdrücklich entscheiden solle, so braucht zu dieser Frage hier nicht Stellung genommen werden, solange das RPatA. an einer bisherigen Rechtsansicht festhält, daß eine solche Prüfung nicht ins Erteilungsverfahren gehöre.

Zu Unrecht macht deshalb die Rev. dem angefochtenen Urt. einen Vorwurf daraus, daß es nach der ganzen Sachlage den der Klage zugrunde liegenden Anspruch 2 als einen Unteranspruch ansieht und dessen besondere Konstruktionselemente auf Neuheit und Schutzwürdigkeit prüft. Auch aus dem von der Rev. angezogenen Urt. des Sen. v. 17. Sept. 1927 (MuW. 27/28, 207) folgt nichts anderes. Denn dort ist unter Hinweis auf die bisherige Rspr. nichts gesagt, was von dem oben wiedergegebenen Rechtsstandpunkt des Sen. und dessen neuester Rspr. abweicht. Insbes. ist weder dort noch in einem anderen Urt. die Ansicht zum Ausdruck gelangt, daß aus der Patenterteilung folge, der Unteranspruch enthalte gegenüber dem Stande der Technik eine Erfindung, d. h. er sei losgelöst von dem im Hauptanspruch offenbarten Erfindungsgedanken.

Der Ausgangspunkt des OLG. ist daher rechtlich nicht zu beanstanden. Verstärkend für die Annahme, daß jedenfalls ein selbständiger Nebenanspruch auch nach der Absicht des RPatA. gar nicht erteilt werden sollte, läßt sich aus den Erteilungsakten noch hinzufügen, daß das RPatA. den zunächst in die Form eines Unteranspruchs, dann aber in die eines Nebenanspruchs gekleideten Anspruch 2 als ungewährbar abgelehnt und schließlich nur unter ausdrücklicher Einfügung

---

Zu 5. Die Ansprüche des Klagepatents lauten:

1. Vorrichtung zum Festhalten der Ränder von Verdeckbezügen, insbes. von Kraftfahrzeugen, in am Verdeck angeordneter Führungsrinne, dadurch gekennzeichnet, daß in den Rand des Verdeckbezuges ein Luftschlauch eingebettet ist und mit dem Rand des Bezuges derart in die Rinne eingeführt werden kann, daß er aufgeblasen den ihn umgebenden Verdeckbezug zwecks Festhaltens gegen die Innenwandung der Rinne drückt und entleert das Lösen der Ränder aus der Rinne gestattet.

2. Vorrichtung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß bei Verdeckbezügen mit auf seitlicher Führungsschiene verschiebbaren Verdeckspriegeln die Rinne seitlich neben der Führungsschiene angeordnet ist.

Der Anspruch 2 des Patents beginnt mit den Worten: „Vorrichtung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet ...“ Es ist also in diesem Anspruch 2, um den es sich hier allein handelt, klar zum Ausdruck gebracht, daß das Merkmal dieses Anspruchs nur in Verbindung mit demjenigen des Anspruchs 1 unter Schutz gestellt sein soll (vgl. hierzu § 20 PatG. „Am Schlusse der Beschreibung ist dasjenige anzugeben, was als patentfähig unter Schutz gestellt werden soll“).

Das RG. hat demzufolge auch richtig ausgeführt, daß durch Bezugnahme auf Anspruch 1 ohne weiteres angenommen werden kann, daß es sich bei der im Anspruch 2 gekennzeichneten Konstruktion nicht um eine selbständige Erfindung handeln kann, sondern lediglich um eine Modifikation oder Abart der Erfindung nach Anspruch 1. Weiter stellt das RG. fest, daß in solchen Fällen das RPatA. den Gegenstand eines solchen Unteranspruchs, eben infolge seiner Bezugnahme auf Anspruch 1, nicht daraufhin prüft, ob eine vom Anspruch 1 losgelöste selbständige Erfindung vorliegt. Zu dieser Prüfung hat das PatA. auch gar keine Veranlassung, da es eine Erfindung, die gar nicht beansprucht wird, nicht auf ihre Patentfähigkeit hin zu prüfen braucht.

Danach ist es nicht recht ersichtlich, weshalb bei solchen Unteransprüchen nach Ansicht des RG. das ordentliche Gericht zu prüfen hat, „ob die im einzelnen Fall durch den Unteranspruch besonders gekennzeichnete Konstruktion für sich allein neu und schutzwürdig erscheint“, denn erstens gilt für die Gerichte dasselbe, was für das PatA. maßgebend war für die Unterlassung dieser Prüfung, zweitens hat das Gericht gar nicht das Recht, neue Patente zu erteilen, und drittens ist es auf diese Weise möglich, mehrere voneinander unabhängige Erfindungen durch ein einziges Patent zu schützen, ohne daß für diese durch die Unteransprüche geschützten selbständigen Erfindungen Anmelde- und Jahresgebühren bezahlt werden.

Das vorliegende Beispiel zeigt — soweit man aus den Ansprüchen des Patents ersehen kann —, daß durch Erteilung eines selbständigen Schutzes auf den Gegenstand des Anspruchs 2 (die im übrigen auf Grund der Prüfung des Gerichts hier nicht erfolgt ist) in einem Patent zwei voneinander unabhängige und in keinem einheitlichen Zusammenhang mehr stehende Schutzrechte entstehen.

Daß dieser Zustand unbefriedigend ist und nicht zur Rechtssicherheit beiträgt, liegt auf der Hand, da niemand im voraus sagen kann, ob er den Gegenstand eines Unteranspruchs außerhalb der Erfindung des Hauptanspruchs benutzen darf.

Die in dem Urteil enthaltene, sich an Leitsätze von Isay anlehnende Lehre ist daher mit Recht bekämpft worden, und auch Pietzcker, auf den sich das RG. beruft, schreibt in seinem Kommentar in Anm. 72 zu § 4:

„Nach der herrschenden Meinung braucht der Anmelder nicht zu sagen, ob er für das, was im Unteranspruch steht, selbständigen Schutz verlangt; das Patent sagt ebenfalls nicht, ob es dafür Schutz gewähren will. Diese Rätsel zu lösen wird dem Publikum aufgegeben. Die Feststellung, wie weit der Schutz eigentlich geht, wird auf die lange Bank geschoben. Für den Anmelder ist das erwünscht, für das PatA. ist es bequem; im übrigen ergeben sich nur Nachteile. Das Publikum hat kein Mittel, sich Klarheit zu verschaffen. Vielmehr bleibt ihm überlassen, von der im Unteranspruch beschriebenen Anordnung Gebrauch zu machen. Erst wenn es das getan hat, wird ihm im Verletzungsstreite gesagt, ob es damit im Unrechte ist, woraus sich dann ergibt, ob die eingerichtete Fabrikation wieder aufgegeben und Schadensersatz gezahlt werden muß. Dieser Zustand kann nicht als erfreulich angesehen werden.“

Wie Pietzcker bin ich der Auffassung, daß dieser Mißstand leicht beseitigt werden kann, „wenn das PatA. die Regel befolgte, daß bei der Patentierung von solchen Nebenanordnungen, denen es selbständigen Schutz gewähren will, nicht auf den Hauptanspruch Bezug genommen wird“, mit der Einschränkung jedoch, daß der Anmelder einen solchen selbständigen Schutz von sich aus ausdrücklich beantragen muß, da sonst das PatA. keine Veranlassung hat, dem Anmelder mehr zu geben als er verlangt.

Bei Befolgung dieser Regel wird im übrigen der Fall, daß in einer Anmeldung mehrere Erfindungen selbständig nebeneinander geschützt werden, nicht sehr häufig eintreten, weil durch diesen Antrag die erforderliche Einheitlichkeit der Anmeldung sehr oft gestört werden wird (vgl. hierzu die Entsch. der BeschwAbt. des PatA., 6. Sen., v. 11. Jan. 1935: PatMustZeichBl. 1935, 29/30).

PatAnw. Dr. Arthur Ullrich, Berlin.

einer Bezugnahme auf Anspruch 1 gewährt hat. Daraus kann freilich eine ausdrückliche Versagung eines beanspruchten Schutzes nicht hergeleitet werden. Es war daher notwendig und rechtlich durchaus einwandfrei, wenn das OLG. auf Grund des Standes der Technik die Neuheit und die erfinderische Bedeutung einer Konstruktion der eingangs erwähnten Art, d. h. ohne Verwendung eines Luftschlauchs, prüfte.

(U. v. 24. Nov. 1934; I 119/34. — Stuttgart.) [K.]

****6.** §§ 4, 23, 35 PatG. **Ein Verschulden des Patentverletzers setzt voraus, daß er das Patent kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Eine vorherige Warnung des Patentinhabers ist nicht erst nötig. Schon die Kenntnis des einstweiligen Schutzes kann den Keim zu einer Patentverletzung legen.**†)

Im Gegensatz zu dem Urt. des LG., das auch den Rechnungslegungs- und Schadensersatzanspruch unbegrenzt zugesprochen hatte, hat das angefochtene Urt. die Schadensersatzpflicht der Bekl. auf die Zeit nach dem 22. Febr. 1933 begrenzt, weil die Bekl. erst nach Empfang des Warnungsschreibens v. 14. Febr. 1933 und nach Ablauf der dort gesetzten Frist grobfahrlässig gehandelt hätten. Die grobe Fahrlässigkeit wird darin erblickt, daß sie trotz Kenntnis des ihnen übersandten Beschlusses der Beschwerdeabteilung des RPatA. v. 16. Dez. 1931 (mit dem das Erteilungsverfahren des DRP. 543 892 endete) nicht einen Sachverständigen auf dem Gebiete des Patentrechts zugezogen hätten. Mit Recht rügt die Rev., daß diese Begrenzung der Schadensersatzpflicht durch Rechtsirrtum beeinflußt ist.

Das OLG. verkennt offenbar nicht, daß es bei der Feststellung des Verschuldens immer auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles ankommt, daß insbes. auch danach die Frage zu beurteilen ist, ob die Bekl. einen Sachverständigen hätten zu Rate ziehen müssen (vgl. RG.: JW. 1933, 2516). Doch kann dem OLG. darin nicht gefolgt werden, daß es grobe Fahrlässigkeit für die Zeit vor dem oben genannten Tage deshalb ablehnt, weil es sich um die Beurteilung rechtlich und technisch nicht einfacher Fragen gehandelt habe. Hier ist eine wichtige Frage überhaupt nicht geprüft.

Man muß stets davon ausgehen, daß von einem Verschulden des Patentverletzers nur die Rede sein kann, wenn dieser das Patent kennt oder seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht (RG.: JW. 1933, 2518). In dieser Beziehung hat das OLG. keine positive Feststellung getroffen. Wenn es auch den Anschein hat, daß das OLG. eine Kenntnis auf seiten der Bekl. erst v. 14. Febr. 1933 ab feststellen will, so fehlt doch jede Erörterung darüber, daß auch eine etwaige Unkenntnis auf Verschulden der Bekl. beruhen konnte, und ferner eine Begr. dafür, warum das im vorliegenden Fall nicht soll angenommen werden. Ferner fehlt eine Erörterung der Frage, warum das OLG. eine Schadensersatzpflicht erst für die Zeit nach dem 22. Febr. 1933 annimmt. Will man den Empfang des Schreibens v. 14. Febr. 1933 für die Kenntnis der Bekl. zugrunde legen, so kann für den Beginn der Schadensersatzpflicht nur die Kenntnis vom Inhalt des Schreibens, nicht aber die für eine Antwort gesetzte Frist von acht Tagen berücksichtigt werden. Wesentlicher ist aber, daß das OLG. das Schreiben der Firma G. an die Erstbekl. vom 29. Nov. 1932 ganz unbeachtet gelassen hat, wie die Rev. mit Recht rügt. Durch dieses Schreiben, dessen Empfang von den Bekl. nicht bestritten ist, hatten die Bekl. bereits von dem Klagepatent Kenntnis erlangt, und es mußte deshalb — wenn man sonst dem OLG. folgen wollte — erörtert werden, weshalb die Bekl. trotz dieser Kenntnis ohne Verletzung der ihnen obliegenden Sorgfaltspflicht, die Herstellung und den Vertrieb der beanstandeten Faltschachteln fortsetzen durften. Denn wenn die Bekl. das Patent kannten und auf die Möglichkeit der Patentverletzung hingewiesen waren, mußten sie damit rechnen, daß tatsächlich eine Patentverletzung objektiv vorliege; Zweifel in dieser Hinsicht gehen zu Lasten der Bekl. Der Hinweis im Urt. darauf, daß es sich um rechtlich und technisch nicht einfach zu beurteilende Fragen handle, genügt keineswegs. Gerade bei solcher Sach- und Rechtslage mußte eine sehr sorgfältige Prüfung der Verletzungsfrage und bei bestehenden Zweifeln die Zuziehung von Sachverständigen ganz besonders geboten erscheinen; die Unterlassung wird in solchen Fällen in der Regel als grobfahrlässige Verletzung der Sorgfaltspflicht angesehen werden müssen.

Mit Recht macht die Rev. auch darauf aufmerksam, daß die Annahme einer rechtlich und technisch schwierigen Frage mit den Erörterungen des OLG. über die objektive Patentverletzung in Widerspruch zu stehen scheint. In der Tat hat das OLG., ebenso wie das LG., ohne Zuziehung eines technischen Sachverständigen die rechtliche Bedeutung der geschützten Kombination festgestellt und so auch die Gleichwertigkeit des von den Bekl. abweichend verwendeten Kombinationselements ohne weiteres als gegeben erachtet. Technisch schwierig zu beurteilende Fragen sieht das OLG. im ersten Teil seiner Entscheidungsgründe also doch wohl selbst nicht als gegeben an. Aber auch rechtlich schwierige Fragen hat das OLG. in diesem Zusammenhang nicht erörtert. Es ist vielmehr von dem im Anspruch festgelegten Gegenstand als Kombination bekannter Elemente ausgegangen und hat dann nur den Schutz auf eine solche Kombination ausgedehnt, bei der ein Kombinationselement durch ein anderes, nach Ansicht des OLG. für die Gesamtwirkung unbedenklich gleichwertiges Element ersetzt war. Bei dieser Sachlage bedarf es einer nochmaligen Prüfung der Frage, ob nicht die Bekl. seit ihrer Kenntnis des Klagepatents ohne weiteres erkennen oder wenigstens als wahrscheinlich erachten mußten, daß sie von dem in diesem Patent offenbarten Erfindungsgedanken Gebrauch machten (vgl. RG.: JW. 1932, 1831). Der Fabrikant solcher Gegenstände, die wegen behaupteter Patentverletzung beanstandet werden, ist in der Regel selbst sachverständig genug, um die Benutzung des fremden Erfindungsgedankens in dem eigenen Fabrikat ohne weiteres erkennen zu können, wenn diese Annahme, wie im vorliegenden Falle, naheliegt. Dann ist der Fabrikant von Kenntnis des fremden Schutzrechtes

---

Zu 6. Vorliegende Entsch. hat es mit der Frage des subjektiven Verschuldens bei der Patentverletzung zu tun. Ihre Bedeutung liegt weniger in der Darlegung neuer Rechtsgedanken (da die aufgestellten Rechtsgrundsätze mit der bisherigen Rspr. durchaus im Einklang stehen), als vielmehr in der eindrucksvollen Zusammenstellung von Gesichtspunkten, welche für die Beurteilung der Schuldfrage im Patentverletzungsstreit von Wichtigkeit werden können.

Zunächst wird mit Recht ausgeführt, daß bei dem Patentverletzer auch schon vor einer förmlichen Verwarnung seitens des Patentinhabers Kenntnis des Patentes oder doch grobfahrlässige Unkenntnis desselben gegeben sein kann. Ebenso trifft es zu, daß nach Lage der Umstände grobe Fahrlässigkeit auch schon darin erblickt werden kann, daß einem Gewerbetreibenden infolge Unterlassung sorgfältiger Kontrollierung der Anmeldungen seines Sondergebietes ein wichtiges Patent dieses Zweiges entgangen ist. Ist ihm gar das Patent schon bekannt, so wird in einfach gelagerten Fällen, zumal angesichts der zu unterstellenden Fachkenntnis des Verletzers, auch der tatsächliche Eingriff in dieses Patent vielfach erkannt oder erkennbar sein. Richtig ist zwar, daß bei technisch und wirtschaftlich verwickelten Verhältnissen die Kenntnis des Patents noch nicht gleichbedeutend mit der Kenntnis von der Patentverletzung sein muß; aber hier kann Veranlassung gegeben sein, durch Beiziehung eines Sachverständigen Klarheit zu schaffen, und in der Unterlassung solcher Feststellungen kann eine grobe Fahrlässigkeit liegen. Endlich ist es durchaus zu billigen, wenn in der Entsch. die Pflicht zu sorgfältiger Prüfung etwa vorliegender Eingriffe in ein fremdes Schutzrecht schon auf den Zeitpunkt bezogen wird, in welchem zwar noch nicht die — vielleicht noch ausstehende — Patenterteilung, wohl aber der durch Bekanntmachung der Anmeldung begründete vorläufige Schutz des angemeldeten Patentgegenstandes bekannt wurde oder werden konnte.

Alle diese allgemeinen Ausführungen sind in grundsätzlicher Hinsicht klar und unanfechtbar; aber man muß sich dessen bewußt bleiben, daß die Frage ihrer Anwendbarkeit in einem bestimmten Einzelfalle noch große tatsächliche Zweifel bereiten kann. Insbes. bleibt es bei der vom geltenden Rechte beliebten Beschränkung der Haftung auf den Fall groben Verschuldens ein vielfach recht schwieriges Werturteil, ob im besonderen Falle die mitspielende Fahrlässigkeit als eine grobe oder noch als eine leichte (und daher nicht zu vertretende) anzusprechen ist.

Prof. Dr. Kisch, München.

an für seinen Entschluß, die Fabrikation trotzdem fortzusetzen, allein verantwortlich, kann sich vor allem nicht darauf berufen, daß er vom Patentinhaber erst in einem späteren Zeitpunkt gewarnt ist. Fortsetzung der Fabrikation ohne sorgfältigste Prüfung ihrer Zulässigkeit wird in solchem Falle als grobfahrlässiges Handeln bezeichnet werden müssen.

Die Rev. rügt ferner, daß das OLG. nichts darüber festgestellt habe, ob die Bekl. das Klagepatent auch schon vor dem 29. Nov. 1932 gekannt haben. Diese Rüge ist insofern nicht berechtigt, als die ursprüngliche Kl. eine diesbezügliche positive Behauptung im Schriftsatz v. 23. April 1934 (O Nr. 42) nicht aufgestellt, sondern nur eine Vermutung geäußert hat. Auch ist die Aufforderung an die Bekl., anzugeben, wie sie zur Herstellung ihrer Faltschachteln gekommen seien, kein Beweisantritt. Aber die ursprüngliche Kl. hatte schon mit der Klage (Anlage 5) vorgetragen, daß sie ihre Faltschachteln gemäß Klagepatent ursprünglich mit dem Vermerk „DRP. angem." und sodann mit dem Vermerk „DRP." und mit ihrer Firma versehen und so die Schachteln in großem Umfang in den Verkehr gebracht habe; die Bekl. hätten hierdurch Kenntnis von dem Klagepatent erlangt oder erlangen können. Zu dieser Behauptung hätte das OLG. Stellung nehmen und erörtern müssen, ob hier etwa den Bekl. der Vorwurf mangelnder Sorgfalt bei Prüfung der Erzeugnisse der Wettbewerber gemacht werden muß. Für den Schadensersatzanspruch kommt allerdings nur die Zeit seit Beginn des einstweiligen Schutzes nach § 23 Abs. 1 Satz 2 PatG. in Betracht. Die zu dieser Zeit bestehende Kenntnis wird mit der Bekanntmachung wirksam; ebenso die später, aber vor der Patenterteilung erlangte Kenntnis mit dieser. Von solcher Kenntnis an muß jedermann mit der Patenterteilung rechnen (RG.: JW. 1933, 2518) und handelt in der Regel grobfahrlässig, wenn er die Bekanntmachung unbeachtet läßt. Die Sorgfaltspflicht erhöht sich, sobald Kenntnis von der Patenterteilung hinzukommt; sie besteht aber schon seit Kenntnis der Bekanntmachung der Anmeldung. Grobfahrlässige Unkenntnis der Anmeldung oder Patenterteilung steht der Kenntnis für die Frage des Schadensersatzes nach § 35 PatG. völlig gleich. Die Prüfung der Klagebehauptungen muß deshalb nach vorstehenden Rechtsgrundsätzen ergänzt werden.

Schließlich hat die Rev. auch mit Recht darauf hingewiesen, daß in der Zeit nach der Bekanntmachung einer Patentanmeldung schon die Tatsache als grobe Fahrlässigkeit i. S. des § 35 PatG. angesehen werden kann, daß der Fabrikant die Anmeldungen seines begrenzten Spezialgebietes nicht kontrolliert und deshalb von einem auf diesem Gebiet wesentlichen Patent keine Kenntnis erlangt (vgl. RG.: Mitt. 1932, 249).

(U. v. 15. Dez. 1934; I 184/34. — Hamburg.) [K.]

7. Wegerecht. § 156 Abs. 2, 157 PrWassG. **Wenn die Teilungsbehörde zur Erfüllung ihrer Obliegenheit, für geeignete Zuwege zu den Planstücken der Beteiligten zu sorgen, Wege verwendet, die dem Gemeinverkehr dienen, und sie diese den Interessenten als Zufuhrwege ausweist, so entsteht dadurch zugunsten der Beteiligten ein über den Gemeingebrauch hinausgehendes Recht, für dessen Entziehung oder Schmälerung Entschädigung verlangt werden kann.**†)

Die Kl. sind Eigentümer landwirtschaftlichen Grundbesitzes in der Gemarkung W. Die ihnen gehörigen Äcker sind ihren Rechtsvorgängern bei der Zusammenlegung durch den Rezeß v. 24. Juli 1854 zugeteilt worden. Den Zugang von ihren Höfen zu den Äckern vermittelt der „G.er Weg". Dieser ist in der Rezeßkarte festgelegt als „Kommunikationsweg nach G." (einem Nachbardorfe). Die Interessenten haben im Rezeß anerkannt, daß ihnen mit dieser Wegeverbindung die erforderlichen Zugänge zu ihren Abfindungen verschafft worden seien. Im Grundbuch steht der G.er Weg als Eigentum der Separationsinteressenten eingetragen. Der vom Bekl. angelegte Mittellandkanal durchschneidet diesen Weg. Die Kl. gelangen jetzt nur mit einem Umwege zu ihren Äckern und verlangen hierfür im Ausbauverfahren Entschädigung, weil so in ihre am G.er Weg bestehenden Rechte eingegriffen sei.

Das OLG. geht von der Möglichkeit aus, daß der Gutensweger Weg ein öffentlicher Weg sei. Dies hat übrigens auch die Gemeinschaft der Separationsinteressenten in der diesen Weg betreffenden, durch Spruch des Kreisausschusses von N. v. 18. Dez. 1931 entschiedenen Verwaltungsstreitsache nicht bezweifelt. Damit scheidet die Möglichkeit, daß es sich um einen Interessentenweg handle, aus. Denn öffentliche Interessentenwege gibt es nicht (OVG. 72, 334). Der Umstand, daß der Wegekörper im Eigentum der Separationsinteressenten steht, ist für die Frage, ob der Weg dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist, ohne Belang. Aber auch an öffentlichen Wegen können über die Befugnis zum Gemeingebrauch hinaus und abgesehen vom Eigentumsrecht Privatrechte zugunsten einzelner begründet werden. Eine solche Rechtslage hat das OLG. für die Beziehungen der Kl. zum Gutensweger Weg zutreffend aus dem Separationsrezeß von 1854 entnommen.

In der Rspr. des RG. ist der Satz aufgestellt worden: Wenn die Teilungsbehörde zur Erfüllung ihrer Obliegenheit, für geeignete Zuwege zu den Planstücken der Beteiligten zu sorgen, Wege verwendet, die dem gemeinen Verkehr dienen, und sie diese den Interessenten als Zufuhrwege ausweist, so entsteht dadurch zugunsten der Beteiligten ein über den gemeinen Gebrauch hinausgehendes besonderes Recht, für dessen Entziehung oder Schmälerung Entschädigung verlangt werden kann (JW. 1896, 622 Nr. 62; Gruch. 46, 1166). Daran ist festzuhalten. Die an der Zusammenlegung Beteiligten haben Anspruch auf Zuteilung von Land mit geeigneten Zuwegen. Es ist nicht einzusehen, warum ihr durch einen dem Gesetz entsprechenden Rezeß begründetes Recht auf Wegeverbindung in seiner Auswirkung geringer sein sollte, wenn die Verkoppelungsbehörde zur Herstellung des Zuwegs nicht einen bloßen Wirtschafts- oder Interessentenweg, sondern einen wichtigeren öffentlichen Weg verwendet. Dann gehen wohl die Belange des öffentlichen Verkehrs, wenn sie in Widerstreit mit dem Sonderrecht des einzelnen treten, diesen vor; aber der an der Zusammenlegung Beteiligte und dessen Rechtsnachfolger im Eigentum des zugewiesenen Grundbesitzes hat doch ein Recht am Wege. Für dessen Beeinträchtigung beim Wasserlaufausbau kann der Betroffene nach §§ 156 Abs. 2, 157 WG. Entschädigung fordern. Hierfür gilt auch nicht der von der Rev. angeführte, von der Rspr. für das Anliegerrecht des Hauseigentümers an öffentlicher Straße aufgestellte Satz, daß nur für wesentliche Erschwerung der Zugangs-

Zu 7. Nach dem Tatbestande des Urteils sind die Separationsinteressenten, zu denen die Kl. gehören, Eigentümer des G.er Weges. Das RG. nimmt nun an, daß neben diesem Eigentum durch den Rezeß noch ein besonderes Recht der Beteiligten zur Benutzung des Weges geschaffen worden sei und daß die Kl. wegen Verletzung dieses Rechtes Entschädigung fordern könnten. Das scheint mir in dieser Form nicht richtig zu sein. Das Eigentum der Separationsinteressenten war zwar durch den öffentlichen Charakter des Weges beschränkt, im übrigen umfaßt ja aber das Eigentumsrecht (§ 903 BGB.) die Verfügung über das Eigentum, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Die Eigentümer konnten also durch den Separationsrezeß keine weiteren Privatrechte erwerben, als ihnen schon kraft des Eigentums zustanden. Der Entsch. trete ich daher wohl im Ergebnis bei, bin aber der Ansicht, daß sie ebenso hätte lauten müssen, wenn der Rezeß überhaupt nicht vorhanden gewesen wäre und nur das Eigentum der Separationsinteressenten an dem Wege vorlag.

Das RG. geht im Anschluß an die ständige Praxis in der Entsch. davon aus, daß Eigentum und private Rechte an öffentlichen Wegen möglich sind; im Volke wird aber nicht verstanden, wie ein privates Eigentum an öffentlichen Dingen möglich ist. Bei der Neugestaltung des Rechtes wird zu erwägen sein, ob nicht statt des privaten Eigentums an Dingen, die dem öffentlichen Gebrauch gewidmet sind, ein öffentlich-rechtliches Eigentum zu treten habe. Das ALR. kannte schon ein gemeines Eigentum des Staates an gewissen Wegen und Gewässern, das durchaus nicht identisch war mit dem privatrechtlichen Eigentum; hierin liegt eine deutschrechtliche Anschauung, welche wieder zu Ehren kommen sollte.

JR. Dr. Riemann, Breslau.

möglichkeit Ersatz gefordert werden könne. Das Recht der Kl. aus dem Rezeß aber besteht in dem Wegeverlauf, wie er dort ausgeworfen und von den Interessenten als sie befriedigend anerkannt worden war. Daß die Ackerbewirtschaftung durch einen Umweg von 175 m und die Notwendigkeit, eine Steigung von 8 m zu überwinden, erschwert und kostspieliger wird, haben die Vorderrichter ohne Rechtsirrtum angenommen. Daher konnten die von den Kl. erhobenen Ansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden.

(Urt. v. 27. Okt. 1934; V 211/34. — Naumburg.) [v. B.]

****8.** §§ 445 ff. ZPO. n. F.; §§ 445 ff., 460 ZPO. a. F.; Art. 9, III des Ges. zur Änderung des Verfahrens im bürgerlichen Rechtsstreit v. 27. Okt. 1933. Ist in erster Instanz durch bedingtes Endurteil auf Parteieid erkannt worden und inzwischen die neue ZPO. in Kraft getreten, so muß die zweite Instanz den Eid beseitigen. Die Übergangsvorschriften treffen nur den Fall, daß der Eid bereits rechtskräftig auferlegt ist.†)

Die Auffassung des BG. ist rechtsirrig, die bisherigen Bestimmungen der ZPO. über den Parteieid seien deshalb noch anzuwenden, weil die letzte mündliche Verhandlung am 18. Dez. 1933, also vor dem am 1. Jan. 1934 erfolgten Inkrafttreten des Ges. v. 27. Okt. 1933 stattgefunden habe. Nach ständiger Rspr. ist auf den der Entsch. zugrunde zu legenden Prozeßstoff dasjenige Gesetz anzuwenden, das im Zeitpunkt der Entsch. gilt. Deshalb ist eine Gesetzesänderung, die zwischen die letzte mündliche Verhandlung und die Verkündung des Urt. fällt, zu berücksichtigen (RG. v. 19. Mai 1900: GruchBeitr. 45, 93; RG. 102, 152[1]); Stein-Jonas, ZPO., § 300 Anm. III 2). Es macht hierbei keinen Unterschied, ob es sich um sachlich-rechtliche oder prozeßrechtliche Bestimmungen handelt. Deshalb kommt es darauf an, ob am 4. Jan. 1934 noch auf einen Parteieid erkannt werden konnte. Diese Frage aber ist zu verneinen, weil die ZPO. in der zu dieser Zeit geltenden Fassung den früheren Parteieid der §§ 460 ff. a. F. nicht mehr kannte. Dieser Auffassung steht auch nicht etwa Art. 9 III Ziff. 1 des Ges. v. 27. Okt. 1933 entgegen, wonach, wenn im Zeitpunkte des Inkrafttretens ein Parteieid bereits nach den bisher geltenden Vorschriften angeordnet war, das weitere Verfahren sich insoweit nach diesen Vorschriften richtet. Diese Bestimmung hat nur den Fall im Auge, daß am 1. Jan. 1934 bereits eine endgültige Eidesanordnung vorliegt, dagegen nicht den Fall, daß ein bedingtes Endurteil durch ein zulässiges Rechtsmittel angefochten ist (RG. 144, 62 [66]; Stein-Jonas, ZPO., 15. Aufl., Anm. III zu § 533). Solange im letzteren Falle die Eidesanordnung noch unter der Bedingung der Bestätigung des Urt. steht, liegt noch keine Anordnung derselben i. S. dieser Bestimmung vor, und „ein weiteres Verfahren“ kommt nicht in Betracht. Dies entspricht auch dem Sinn der Zivilprozeßnovelle, die den als unzweckmäßig erkannten Parteieid beseitigt, ihn also auch da nicht mehr zulassen will, wo noch eine Entsch. ergehen muß, die den der bisher angeordneten Eidesleistung zugrunde liegenden Sachverhalt betrifft. Dieser Auffassung steht die Bestimmung des § 249 Abs. 3 ZPO. nicht entgegen; denn die darin behandelte Unterbrechung des Verfahrens beruht auf in der Person der Partei, ihres gesetzlichen Vertreters oder ihres Prozeßbevollmächtigten eingetretenen Ereignissen oder einem Stillstand der Rechtspflege und kann deshalb mit der auf anderem Gebiete liegenden Gesetzesänderung nicht verglichen werden. Im vorl. Falle hätte demnach das BG. die mündliche Verhandlung wieder eröffnen und den Parteien so Gelegenheit geben müssen, ihre Anträge der veränderten Prozeßordnung anzupassen.

(U. v. 4. Dez. 1934; VII 147/34.) [L.]

****9.** §§ 445, 447, 448, 452, 453 ZPO. Zur Frage der Parteivernehmung: Für die §§ 452, 453 ZPO. n. F. muß gelten, was das RG. zu dem § 475 a. F. über den richterlichen Eid wiederholt ausgesprochen hat, daß die Beweislast keine Rolle bei der Eidesauflage spielen darf. Eine formelle Beweiswirkung, wie vordem gem. § 463 ZPO. a. F. ein auf Eideszuschiebung oder -zurückschiebung geleisteter Parteieid und gem. § 477 Abs. 1 ZPO. a. F. auch der richterliche Eid, hat der nach § 452 geleistete Eid nach § 453 Abs. 1 ZPO. n. F. nicht.†)

Das LG. hat nach Beweiserhebungen durch Urt. vom 10. Nov. 1932 auf einen von der Kl. zu leistenden Eid, von dem das Zusprechen des Klagebegehrens oder der Klageabweisung abhängig gemacht war, erkannt. Auf die Berufung des Bekl. hat das OLG. nach weiteren Beweiserhebungen die beiden Parteien persönlich einvernommen, den Bekl. auf seine Angaben vereidigt und alsdann unter Abänderung des landgerichtlichen Urt. die Klage abgewiesen (Urt. v. 30. Jan. 1934).

Hiergegen hat die Kl. Rev. eingelegt.

Da die Beweislast für die entgegengesetzten Parteidarstellungen nicht bei der Kl., wie vom Vorderrichter angenommen, sondern nach der zutreffenden Ansicht des Erstrichters beim Bekl. liegt (wird ausgeführt), bedarf die Wirkung ihrer beiderseitigen Aussagen bei der Parteivernehmung gem. § 448 ZPO. einschließlich des vom Bekl. gem. § 452 ZPO. geforderten Eides auf die richterliche Überzeugung einer neuen Prüfung nach §§ 453, 286 ZPO. Der Vorderrichter hat zwar seine Entsch. darüber, wem von beiden Streitteilen ein Eid über seine Darstellung anzuvertrauen sei, nicht gerade auf seine irrige Annahme, daß die Beweislast für das Vertretungsrecht ihres Ehemannes der Kl. zufalle, gestützt, sondern auf seine Annahme einer günstigen Vermögenslage des Bekl. (der nun in der RevInst. um das

---

Zu 8. Es ist anerkannten Rechtes, daß Gesetzesänderungen, die in die Zeit zwischen der letzten mündlichen Verhandlung und der Verkündung des Urteils fallen, seien sie sachlich-rechtlicher oder prozeßrechtlicher Natur, in den Tatsacheninstanzen zu berücksichtigen sind. Maßgebend ist der Gesetzeszustand im Zeitpunkt der Verkündung (Gaupp-Stein-Jonas § 300 Anm. III, 2). Deshalb hätte das BG. nach dem neuen Prozeßgesetz verfahren müssen.

Mit Recht hat sich das RG. durch Art. 9 III Ziff. 1 Ges. zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 an der Beseitigung des Eides nicht gehindert gesehen. Geht doch der Sinn und Zweck der Novelle von 1933 dahin, mit dem Parteieid gründlich und wirksam aufzuräumen. Daraus folgt zwingend, daß die Anordnung des Eides i. S. der Übergangsvorschrift eine rechtskräftige sein muß. Anderenfalls ist der Parteieid durch die Parteivernehmung zu ersetzen.

Für die RevInst., die nur die richtige Anwendung des Gesetzes durch das BG. zu prüfen hat (§ 549 ZPO.), gilt allerdings die selbstverständliche Einschränkung, daß sie einen vor dem 1. Jan. 1934 angeordneten Parteieid nicht abändern kann. Hier ist jedoch das BU. am 4. Jan. 1934 verkündet worden.

Der Entsch. ist deshalb in vollem Umfange beizutreten.

LR. Dr. Butteweg, Düsseldorf.

[1]) JW. 1922, 102.

Zu 9. I. Daß „ohne Rücksicht auf die Beweislast“ die Vernehmung der einen oder anderen Partei anzuordnen ist, wenn das Ergebnis der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zur Begründung der richterlichen Überzeugung nicht ausreicht, spricht § 448 ZPO. besonders aus. Daß auch bei der Eidesauflage nach § 452 ZPO. die Beweislast keine Rolle spielt, wird in der Entsch. überzeugend unter Berufung auf die bisherige Rspr. zu § 475 ZPO. a. F. dargelegt. Die gesicherten Ergebnisse dieser Rspr. zum alten Prozeßgesetz werden unbedenklich auch in das neue Recht übernommen werden können. Denn die Frage, welcher Partei der Eid anvertraut werden kann, bleibt auch nach der Novelle von 1933 im wesentlichen die gleiche. Es kommt also ausschließlich auf die „Überzeugungskraft des Schwurs neben dem Maß der sonstigen Beweisbeschaffung“ an. Dabei sind alle in Betracht kommenden Umstände abzuwägen, wobei alsdann neben Glaubwürdigkeit, besserer Kenntnis usw. in letzter Linie auch die Beweislast eine Rolle spielen kann. Darin liegt keineswegs, wie Mezger: JW. 1930, 2226[15] meint, ein Widerspruch. Denn zur Feststellung des Maßes des Beweises, den eine Partei erbracht hat, ist der Umfang der Beweislast völlig unerheblich. Nicht nur durch Erbringung von Haupt-, sondern auch von Gegenbeweisen kann nämlich eine Partei die größere Überzeugungskraft ihres Eides dartun. Das Maß des erbrachten Beweises ist eben nicht zu ermitteln durch Vergleich mit dem Umfang der Behauptungs- und Beweislast einer

Armenrecht nachgesucht und es zu $^3/_4$ bewilligt erhalten hat) und auf dessen größeres Wagnis mit einer Eidesverletzung. Aber es ist nicht ausgeschlossen, daß der Vorderrichter bei richtiger Erkenntnis der Beweislast überhaupt ohne den Eid einer Partei und dann zugunsten der Kl. entschieden hätte. Außerdem läßt seine Bemerkung, die Erteilung des Vorzugs an den Bekl. hinsichtlich des Anvertrauens des Eides stehe mit der Beweislast im Einklang, den Verdacht als begründet erscheinen, daß doch seine Ansicht über die Beweislast bei seiner Entschließung mitwirksam gewesen ist. Das wäre in doppelter Hinsicht rechtsirrig. Einmal muß auch für das vom Vorderrichter bei seinem Verfahren zutreffend angewendete neue Prozeßgesetz, ZPO. in der Fass. v. 8. Nov. 1933 (RGBl. I, 821 ff.), §§ 452, 453 gelten, was der erk. Sen. zu dem alten § 475 ZPO. über den richterlichen Eid wiederholt, so im Urt. v. 21. März 1930, II 233/29: JW. 1930, 2226 [15] ausgesprochen hat, daß die Beweislast keine Rolle bei der Eidesauflage spielen darf, sondern nur die Überzeugungskraft des Schwurs neben dem Maß der sonstigen Beweisbeschaffung. Sodann geht der Vorderrichter, der die Beweislast der Kl. zuschiebt, den Eid aber dem Bekl. anvertraut hat, bei der Anschauung, dies stehe „im Einklang" mit der Beweislast, offenbar von der alten Gestaltung des Eidesbeweises aus, wonach der Beweisführer dem anderen Teil den Eid zuschieben, also vorbehältlich der gerichtlichen Befugnis nach § 475 ZPO. a. F. ihm das Schwören überlassen mußte. Nunmehr kann die beweispflichtige Partei nicht nur die Vernehmung des Gegners nach § 445 ZPO., sondern mit dessen Zustimmung auch ihre eigene Vernehmung nach § 447 ZPO. beantragen und das Gericht ist für seine Anordnung einer Vernehmung nach § 448 ZPO. von Antrag, Einverständnis und Beweislast völlig freigestellt. Der günstigeren Vermögenslage einer Partei, sei es auch i. Verb. m. der Erwägung, daß sie mit einer Eidesverletzung mehr riskiere, die ausschlaggebende Bedeutung bei der Entschließung des Gerichtes nach § 452 ZPO. über die Vereidigung zuzumessen, muß als unzulässig bezeichnet werden. Jeder unbescholtene Volksgenosse setzt mit einer Eidesleistung Ehre und Freiheit aufs Spiel; das Vermögen wird nur mittelbar betroffen und darf daneben keine Rolle beanspruchen. Wenn der Vorderrichter aber unterstellt, daß der von ihm erkorene Schwurpflichtige im Rechtsstreit entgegen der jetzt nach § 138 Abs. 1 ZPO. ausdrücklich gebotenen Wahrheitspflicht auch unwahre Behauptungen aufgestellt und gegnerisches Vorbringen wider besseres Wissen bestritten hat, so ist es als ein Versäumnis anzusehen, wenn er diese Prozeßtatsachen erst i. Verb. m. der Beweiskraft des geleisteten Eides in den Kreis der Erörterung zieht und nicht schon bei der Frage erwogen hat, ob einer solchen Partei ein Eid anvertraut werden kann gegenüber der anderen, von der gleiches nicht angenommen wird. Eine formelle Beweiswirkung, wie vordem gem. § 463 ZPO. a. F. ein auf Eideszuschiebung oder -zurückschiebung geleisteter Parteieid und gem. § 477 Abs. 1 ZPO. a. F. auch der richterliche Eid, hat der nach § 452 geleistete Eid nach § 453 Abs. 1 ZPO. n. F. nicht und er kann sie daher auch nicht für das weitere Verfahren behalten. Nach § 533 Abs. 2 ZPO. kann zwar nach Vernehmung und Vereidigung einer Partei im ersten Rechtszug die eidliche Vernehmung des Gegners vom BG. nur angeordnet werden, wenn jene Vernehmung oder Vereidigung unzulässig war, und Entsprechendes wird gegenüber einer in der BerInst. selbst vorgenommenen eidlichen Vernehmung zu gelten haben. Die Würdigung der eidlichen Aussage bleibt nichtsdestoweniger frei.

Daher ist das klagabweisende Urt. des Vorderrichters aufzuheben und die Sache gem. § 565 Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO. an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Soweit alsdann das nur vom Bekl., nicht auch der Kl. angefochtene landgerichtliche Urt. bestehen zu bleiben hätte, wäre an sich die Übergangsvorschrift des Art. 9 III 1 des Ges. zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780 [788]) zu beachten, wonach, wenn im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung (1. Jan. 1934) ein Parteieid nach den bisherigen Vorschriften bereits angeordnet ist, das weitere Verfahren sich insoweit nach den bisherigen Vorschriften richtet. Nachdem aber der Bekl. selbst in seiner beschworenen Vernehmung die zum Gegenstand der Eidesnorm gemachte, mindestens aber den tatsächlichen Kern dieser Norm bildende Behauptung aufgegeben hat, wäre vom BG. zu prüfen, ob nicht trotz fehlender Berufung der schwurpflichtigen Kl. dieser Eid als infolge der neuen Sachlage überflüssig geworden von Amts wegen zu beseitigen ist, Urt. vom 28. Nov. 1933, II 218/33: JW. 1934, 480 [9] (in anderen Teilen RG. 142, 307).

(U. v. 5. Okt. 1934; II 162/34. — Naumburg.) [v. B.]
<= RG. 145, 271.>

---

b) Strafsachen

Berichtet von Rechtsanwalt **Rudolf Hensen**, Berlin und Generalstaatsanwalt Dr. **Alfred Weber**, Dresden

10. §§ 12, 36 DevVO. (Fassung v. 16. Febr. 1934); §§ 134, 158 VZollG. **Nach § 12 Abs. 2 DevVO. steht verbotene Devisenausfuhr stets mit Bannbruch in Tateinheit, deren Rechtsfolgen durch den § 36 Abs. 8 DevVO. abweichend vom § 73 StGB. und vom § 158 VZollG. geregelt sind. Die Tateinheit ist in der Urteilsformel zum Ausdruck zu bringen. Dahingestellt bleibt, ob für einen mit anderen Gegenständen begangenen Bannbruch eine frühere Verurteilung wegen Devisenschmuggels (§ 12 DevVO.) den Rückfall (§§ 140, 141 VZollG.) begründet, und ob die Strafen nach dem VZollG. auf Grund der „Vermutungstatbestände" (§§ 136, 137 VZollG.) dann auszusprechen sind, wenn der innere Tatbestand der Devisenzuwiderhandlung nicht nachweisbar ist.†)**

Das LG. hat nicht festgestellt, daß die 4700 RM schon über die deutsche Landesgrenze nach Holland hinübergebracht worden wären. Daher durfte es die Angekl. nicht wegen einer

---

Partei, sondern nur durch Gegenüberstellung desjenigen, was bisher von **beiden** Parteien bewiesen ist.

II. Mit Recht hat schärfste Zurückweisung die Erwägung des BG. erfahren, der Bekl. verdiene den Eid, weil er sich in einer günstigeren Vermögenslage befinde und deshalb mit einer Eidesverletzung mehr riskiere. Die weitaus wichtigere ethische Seite hat das BG. unverständlicherweise völlig außer acht gelassen.

III. Daß auch der richterliche Eid gem. § 452 ZPO. keine formelle Beweiskraft mehr hat, folgt aus § 453 Abs. 1 ZPO. (Vgl. die Stellung von § 453 **nach** § 452!)

IV. Für die Anwendung der Übergangsvorschrift des Art. 9 III Ziff. 1 Ges. zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 dürfte kein Raum sein. Wie wiederholt ausgesprochen ist, liegt die Anordnung eines Parteieides i. S. dieser Bestimmung nur dann vor, wenn der Eid rechtskräftig auferlegt ist (RG. 144, 62 [66]; RG.: JW. 1935, 120 [10] sowie RG. v. 4. Dez. 1934: JW. 1935, 860 [8]).

LR. Dr. **Butteweg**, Düsseldorf.

Zu **10.** Mit dieser Entsch., der in allen Punkten zuzustimmen ist, erhärtet der 1. Sen. die von ihm JW. 1935, 356 vertretene Auffassung, daß die Zuwiderhandlung gegen §§ 12, 36 Abs. 1 Nr. 3 DevVO. v. 23. Mai 1932 (jetzt §§ 13, 42 Abs. 1 Ziff. 3 DevG. v. 4. Febr. 1935 [RGBl. I, 106]) erst dann vollendet ist, wenn der Täter die Zahlungsmittel, zu deren Versendung oder Überbringung er eine Genehmigung der Devisenstelle nicht besaß, wirklich ins Ausland geschafft hat. Aus der ausdrücklichen Vorschr. des § 36 Abs. 2 DevVO. (jetzt § 42 Abs. 2 DevG.) über die Strafbarkeit des Versuchs hat der erk. Sen. gefolgert, daß, solange die Versendung oder Überbringung nicht ausgeführt ist, solange vielmehr die Devisen zu diesem Zwecke lediglich gegen die Grenze hinbewegt werden, nur der Versuch einer solchen Devisenzuwiderhandlung vorliegt.

Dieser Ansicht hat v. **Edlinger**: JW. 1935, 356 unter Berufung auf **Hartenstein**, Steuer- und Devisennotrecht, Anm. 15 zu § 36, widersprochen. Allein die Bemerkungen **Hartensteins** können nur so verstanden werden, daß vor Einführung der Vorschr. über die Strafbarkeit des Versuchs in entsprechender Anwendung

vollendeten Devisenzuwiderhandlung nach den §§ 12, 36 Abs. 1 Nr. 3 DevVO. 1932 bestrafen. Denn die strafbare Zuwiderhandlung gegen den § 12 DevVO. besteht in dem genehmigungslosen Hinüberbringen oder Hinübersenden von Devisen über die Grenze und kann daher erst in dem Augenblick zur Vollendung kommen, in dem die zur Ausführung bestimmten Devisen über die Grenze in das Ausland gelangen (vgl. RGUrt. v. 12. Okt. 1934, 1 D 659/34: RGSt. 68, 418[1]); solange solche Devisen sich noch vor der Grenze im Inlande befinden, kommt nach den §§ 12, 36 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 DevVO. 1932 nur eine Bestrafung wegen Versuchs einer verbotenen Devisenausfuhr in Frage.

Zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht verweist das LG. mit Unrecht auf den § 12 Abs. 2 DevVO. 1932 i. d. Fass. des Art. 1 Nr. 1 des Ges. zur Änderung der DevVO. v. 16. Febr. 1934 (RGBl. I, 92) und auf die §§ 134, 136 Nr. 1b VZollG. i. d. Fass. der Bek. v. 9. Jan. 1931 (RGBl. I, 5) und der AnpassungsVO. des RPräs. v. 23. Dez. 1931, Teil 2 § 1 Nr. 4 (RGBl. I, 779, 783).

Nach dem angeführten Abs. 2 des § 12 DevVO. „gelten“ Zuwiderhandlungen gegen den § 12 Abs. 1 DevVO. allerdings als Bannbruch i. S. des VZollG. Aber nach dem gleichzeitig in Kraft getretenen § 36 Abs. 8 DevVO. 1932 (Fass. gem. Art. 1 Nr. 4 des schon genannten Ges. zur Abänderung der DevVO. v. 16. Febr. 1934) soll die als Bannbruch geltende verbotene Devisenausfuhr den Strafvorschriften des VZollG. nur insofern unterworfen sein, als — zugunsten des Reiches — entsprechend dem § 134 Abs. 2 VZollG. neben der Strafe auf Einziehung der Beförderungsmittel zu erkennen ist, die der Täter zur Begehung der Tat benutzt hat; im übrigen sollen sich die strafrechtlichen Folgen einer Devisenzuwiderhandlung gegen den § 12 DevVO. ausschließlich nach den Vorschriften der DevVO. 1932 selbst bestimmen. Es ist also der § 36 Abs. 2 DevVO. 1932 ohne Rücksicht auf das VZollG. anzuwenden. Daher ist der Versuch der verbotenen Devisenausfuhr nach den §§ 12, 36 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 DevVO. entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der §§ 43—46 StGB. milder als die Vollendung zu bestrafen, nicht jedoch als ein schon vor der Überschreitung der Grenze vollendetes „Unternehmen“ der Ausfuhr nach § 134 Abs. 1 VZollG. einer erst durch Überschreiten der Grenze vollendeten verbotenen Ausfuhr gleichzusetzen.

Die Bedeutung der angeführten neuen Vorschriften vom 16. Febr. 1934 geht allerdings aus ihrem Wortlaute vielleicht nicht ganz zweifelsfrei hervor. Sie ergibt sich indessen aus der amtlichen Begründung der neuen Vorschriften (Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger Nr. 46 vom 23. Febr. 1934 S. 1) i. Verb. m. der Entwicklung der Rspr.

In der Rspr. ist nie bezweifelt worden, daß die nicht genehmigte, also verbotene Ausfuhr von Devisen sich nicht in ihrem Wesen von der verbotenen Ausfuhr anderer Gegenstände unterscheidet. Nach den früheren gesetzlichen Vorschriften war aber zweifelhaft und in der Rspr. wurde daher verschieden beantwortet **die** Frage, ob die DevVO. als ein Sondergesetz die Anwendung des VZollG. ausschließe, oder ob eine verbotene Devisenausfuhr und der gesetzliche Tatbestand des Bannbruchs miteinander in Tateinheit ständen und insbes. auch der § 158 VZollG. bei der Bestrafung anzuwenden sei. Das RG. hatte in dem Urt. RGSt. 67, 375[2]) zuletzt die DevVO. als Sondergesetz angesehen und die gleichzeitige Anwendung der Vorschriften des VZollG. abgelehnt.

Demgegenüber ist es nun, wie die amtliche Begründung zweifelsfrei ergibt, der Zweck des neuen Gesetzes, festzulegen, daß die verbotene Devisenausfuhr außer der DevVO. gleichzeitig den § 134 VZollG. verletzt, daß also eine Tateinheit (§ 73 StGB.) der Zuwiderhandlungen gegen den § 12 DevVO. und gegen den § 134 VZollG. besteht. Für die Strafverfolgung dieser Zuwiderhandlungen ergibt sich daraus ohne weiteres die Anwendbarkeit aller Vorschriften über die Verfolgung des Bannbruchs, insbes. also auch derjenigen über die Verfolgungstätigkeit deutscher Zollstellen im Ausland auf Grund von Staatsverträgen (Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, Bd. III Abt. 4 zu Art. 1 Nr. 1 des Ges. v. 16. Febr. 1934). Die sachlich-rechtlichen Folgen für die Bestrafung sind aus Zweckmäßigkeitsgründen, namentlich zur Vereinfachung, durch das Ges. v. 16. Febr. 1934 abweichend von dem § 73 StGB. und dem § 158 VZollG. besonders geregelt worden.

Aus dieser Regelung folgt, daß die Vorschriften der §§ 136, 137 VZollG. über sogenannte Vermutungstatbestände keine Anwendung finden können in dem hier vorl. Falle, in dem alle Tatbestandsmerkmale des Versuchs einer verbotenen Devisenausfuhr (§§ 12, 36 Abs. 2 DevVO.) vollständig tatsächlich festgestellt worden sind. Ob die §§ 136, 137 VZollG. und die weiteren Strafvorschriften des VZollG. über Bannbruch dann anwendbar wären, wenn in einem anders gelagerten Falle nicht der innere Tatbestand einer Zuwiderhandlung gegen den § 12 DevVO., sondern nur einer der (äußeren) Vermutungstatbestände des § 136 VZollG. nachweisbar wäre, das kann hier dahingestellt bleiben. Ebensowenig bedarf es hier einer Entsch. darüber, ob die Verurteilung der Angekl. im vorl. Verfahren später die Strafschärfung wegen Rückfalls nach den §§ 140, 141 VZollG. zur Folge haben müßte, wenn die Angekl. sich künftig eines Bannbruchs mit Bezug auf andere Gegenstände als Devisen schuldig machen sollten.

(1. Sen. v. 21. Dez. 1934; 1 D 1311/34.) [Hn.]

****11.** §§ 19 Abs. 2, 21, 44, 51 Abs. 2, 153, 154, 161 StGB. **Die bei Anwendung des § 51 Abs. 2 StGB. platzgreifende Strafmilderung schließt den Ausspruch der Eidesunfähigkeit nicht aus. Eine gemäß § 51 Abs. 2 StGB. nach den Vorschriften über**

---

der in RGSt. 52, 122 ausgesprochenen Grundsätze das Unternehmen einer Ausfuhr von Devisen wegen der daraus für die Devisenbewirtschaftung drohenden Gefahr der Kapitalabwanderung bereits als ein Versenden oder Überbringen anzusehen und daher strafbar war. Daß die Einführung der Versuchsstrafe einen neuen Rechtszustand geschaffen hat, erkennt auch Hartenstein insbes. in Anm. 3 zu § 36 an, wo er die subsidiäre Anwendbarkeit von § 134 VZollG. auf Zuwiderhandlungen gegen § 12 DevVO. für nicht mehr statthaft erklärt. Auf diese von v. Edlinger zur Unterstützung seiner dem RG. entgegengesetzten Ansicht herangezogene Vorschr. ist der erk. Sen. in der vorliegenden Entsch. eingegangen und dabei zu durchaus zutreffenden Ergebnissen gelangt.

Die durch das Ges. zur Änderung der DevVO. v. 16. Febr. 1934 eingeführte Vorschr. des § 12 Abs. 2 DevVO. (jetzt § 13 Abs. 2 DevG.) besagt nichts anderes, als daß Devisenausfuhrvergehen zugleich — d. h. in Tateinheit — Bannbruch i. S. des VZollG. sind. Wegen der großen Verschiedenheiten, die zwischen den Vorschr. der DevVO. und denen des VZollG. bestehen — vgl. das Urt. des RG.: JW. 1934, 233 —, ist in § 36 Abs. 8 DevVO. (jetzt § 45 Abs. 4 DevG.) ausdrücklich angeordnet, daß die Strafe für den in Tateinheit mit dem Devisenausfuhrvergehen vorliegenden Bannbruch nur aus der DevVO. zu entnehmen ist; lediglich die Einziehung der bei dem Devisenausfuhrvergehen verwandten Beförderungsmittel richtet sich nach den Vorschr. des VZollG. Hieraus ergab sich beispielsweise, daß die Hauptzollämter, wenn sie Zahlungsmittel, die ein unbekannter Täter in einem Kraftwagen ins Ausland zu bringen beabsichtigte, fanden, nur zur Einziehung des Kraftwagens nach den Vorschr. der RAbgO. befugt waren. Die Zahlungsmittel waren gem. § 36 Abs. 6 DevVO. durch Beschluß des Gerichts einzuziehen. Auf Grund von § 7 der 10. DurchfVO. zur DevVO. v. 22. Dez. 1934 (RGBl. I, 1290) sind nunmehr die Hauptzollämter ebenso wie bei im Postverkehr erfolgenden Devisenausfuhrvergehen (§ 1 der 5. DurchfVO. zur DevVO.) berechtigt, die Einziehung bei Zuwiderhandlungen gegen § 12 DevVO. durch Strafbescheid (§§ 447 ff. RAbgO.) vorzunehmen. Diese Regelung wäre nicht nötig gewesen, wenn das VZollG. in vollem Umfange auf das Devisenausfuhrvergehen anzuwenden war.

Die vorl. Entsch. stellt klar, daß dies nicht der Fall ist. Zuwiderhandlungen gegen § 12 DevVO. (jetzt § 13 DevG.) sind materiell allein nach den Vorschr. der DevVO. bzw. des DevG. zu bestrafen, während die Vorschr. des VZollG. nur insoweit anzuwenden sind, als die Verfolgung des gleichzeitig vorliegenden Bannbruchs in Frage steht.

GerAss. Turowski, Berlin.

[1]) JW. 1935, 356[6].

[2]) JW. 1934, 233.

den Versuch gemilderte Strafe muß stets nach vollen Monaten bemessen werden.

Die Tatbestandsmerkmale der §§ 154, 153 StGB. sind nach der äußeren und inneren Tatseite bedenkenfrei nachgewiesen. Auch der Strafausspruch unterliegt keinen rechtlichen Bedenken, soweit auf die Nebenfolgen nach § 161 StGB. erkannt ist. Da die Strafe gem. § 51 Abs. 2 StGB. nach den Vorschr. über die Bestrafung des Versuchs gemildert worden ist, und RGSt. 13, 76 dahin entschieden hat, daß die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, dann nicht ausgesprochen werden dürfe, wenn der Täter sich nur des Versuchs des Meineides oder der Beihilfe zu diesem Verbrechen schuldig gemacht habe, so kann sich die Frage erheben, ob nicht auch die Strafmilderung bei Anwendung des § 51 Abs. 2 StGB. den Ausspruch der Eidesunfähigkeit ausschließe. Das ist indessen zu verneinen. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, ob die der erwähnten Entsch. gegebene Begründung einer Überprüfung auf Grund heutiger Rechtsanschauung standhält; keinesfalls treffen die dort angegebenen Gründe auf den jetzt zu entscheidenden Fall zu. Denn der Versuch und die Beihilfe, mit denen das RG. sich damals unter dem Gesichtspunkt der Anwendbarkeit des § 161 StGB. zu befassen hatte, bedeuten keine volle Verwirklichung des Meineidstatbestandes. Hier dagegen hat sich der Angekl. des vollendeten Meineides schuldig gemacht, und nur eine in seiner Person liegende Eigenschaft ist es, die dem Richter gestattet, die Strafe wie bei dem Versuch zu mildern. Zum Vergleich ließe sich in diesem Falle RGSt. 6, 416 heranziehen, wo trotz gesetzlicher Strafmilderung, die ebenfalls durch eine Eigenschaft des Täters — sein jugendliches Alter — bedingt war, der Ausspruch der Eidesunfähigkeit nach § 161 StGB. zugelassen wurde. Fehlerhaft ist nur die Bemessung der Gefängnisstrafe. Hatte der Angekl. nach der Überzeugung des SchwG. Zuchthausstrafe unter einem Jahr verwirkt, so war diese gem. § 44 Abs. 4 StGB. nach Maßgabe des § 21 in Gefängnis zu verwandeln. Es war also zunächst die Dauer der Zuchthausstrafe unter Anwendung des § 19 Abs. 2 StGB., d. h. nach vollen Monaten, zu bemessen und dann die Umwandlung in Gefängnis nach dem Maßstabe des § 21 StGB. (2:3) vorzunehmen. Es gilt hier entsprechend, was in RGSt. 60, 289 hinsichtlich der nach § 157 StGB. zu ermäßigenden Zuchthausstrafe ausgeführt ist. Das SchwG. hat die Grundsätze offensichtlich verletzt. Die erkannte Gefängnisstrafe von acht Monaten läßt sich nach dem erwähnten Umwandlungsmaßstabe nicht auf eine Zuchthausstrafe von vollen Monaten zurückführen. Es ist auch nicht auszuschließen, daß dieser Fehler die Strafbemessung zuungunsten des BeschwF. beeinflußt hat.

(3. Sen. v. 20. Dez. 1934; 3 D 1262/34.) [W.]

****12.** §§ 20a, 42c, 42k, 176 StGB. **Der Begriff des „gefährlichen Sittlichkeitsverbrechers“ ist von dem des „gefährlichen Gewohnheitsverbrechers“ verschieden. Sind die Voraussetzungen für die Sicherungsverwahrung und für die Entmannung gleichzeitig gegeben, so hängt die Frage, ob eine dieser Maßnahmen genügt, von der Gestaltung des einzelnen Falles ab.**

Der Angekl. ist wegen Sittlichkeitsverbrechens zweimal vorbestraft. Am 5. Febr. 1926 — rechtskräftig seit 9. Juni 1926 — ist er zu neun Monaten Gefängnis verurteilt worden, weil er mit seiner unter 14 Jahre alten Tochter H. unzüchtige Handlungen vorgenommen hatte (§ 176 Nr. 3 StGB.).

Trotz dieser Bestrafung hat er bereits im Sommer 1927 wiederum mit der erwähnten H. und seiner anderen, damals schon vierzehn Jahre alten Tochter A. wiederholt mit Gewalt unzüchtige Handlungen vorgenommen, so daß er am 23. Aug. 1929 — rechtskräftig seit 4. Dez. 1929 — wegen eines fortgesetzten Verbrechens gegen § 176 Nr. 1, 3 StGB. und eines fortgesetzten Verbrechens gegen § 176 Nr. 1 StGB. zu einer Gesamtgefängnisstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt wurde; diese Gesamtstrafe und den Rest der zuerst erkannten Strafe hat er bis 16. Jan. 1931 verbüßt.

Am 14. März 1934 hat der Angekl. nunmehr mit der zwölfjährigen K. mit Gewalt unzüchtige Handlungen vorgenommen, weshalb er durch das insoweit rechtskräftige Urt. des LG. in A. v. 8. Mai 1934 gem. § 176 Nr. 1, 3 StGB. zu einer Zuchthausstrafe von drei Jahren verurteilt worden ist.

Mit diesen Feststellungen setzt sich die StrK. nicht in Widerspruch, wenn sie zu dem Ergebnis kommt, „der Angekl. möge zwar kurz nach begangener Tat seine Handlungsweise bereut haben, der Umstand, daß er bald nach seiner jeweiligen Haftentlassung erneut straffällig geworden sei, zeige jedoch, daß weder seine Reue noch die gegen ihn verhängten Strafen vermocht hätten, ihn zu bessern und seine Hemmungen zu stärken“. Ebensowenig liegt ein den Bestand des angef. Urt. gefährdender Widerspruch in der Bemerkung, „der entartete Geschlechtstrieb des Angekl. habe sich zunächst gegen seine eigenen, später gegen fremde Kinder (statt ‚gegen ein fremdes Kind‘) gerichtet“.

Auch das sonstige Vorbringen des Verteidigers greift nicht durch. Die StrK. ist in Übereinstimmung mit dem ärztlichen Sachverständigen der Ansicht, von dem jetzt 54 Jahre alten Angekl. seien „trotz und nach Verbüßung der dreijährigen Zuchthausstrafe“ weitere Verbrechen der hier in Betracht kommenden Art zu erwarten; die Ursache seines Verhaltens sei nicht in den zerrütteten Verhältnissen des von seiner Familie getrennt lebenden Angekl., sondern in erster Linie „in dem ererbten oder auf sonstige Weise von ihm erworbenen hemmungslosen Trieb zur sexuellen Befriedigung“ zu suchen. Ersichtlich faßt die StrK. hiernach die aus den begangenen Taten sich offenbarende Persönlichkeit des BeschwF. ins Auge. Dabei kommt sie zu dem Ergebnis, daß sich aus der in der Person des Angekl. wurzelnden Veranlagung die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung derartiger Sittlichkeitsverbrechen ergebe und daß dies eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeute. Die Feststellung, der Angekl. sei ein „gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher“, läßt nach alledem keinen Rechtsirrtum erkennen.

Dasselbe gilt für die Annahme, daß die öffentliche Sicherheit die Entmannung des Angekl. erfordere. Das Urt. legt dar, es spreche nichts dafür, daß der Geschlechtstrieb des, wenn auch schon 54 Jahre alten, so doch noch körperlich rüstigen Angekl. „von selbst erlahmen oder gar aufhören werde“; vielmehr sei zu erwarten, daß er sich nach der Strafverbüßung wieder ein Opfer aussuchen werde, zumal er insbes. nach Genuß von Alkohol „aller Hemmungen bar“ sei. Nach der mit dem Gutachten des Sachverständigen übereinstimmenden Ansicht der StrK. ist unter den gegebenen Umständen „die Entmannung das einzige Mittel, um ein Abschwächen oder gänzliches Aufhören des entarteten Geschlechtstriebs erwarten zu lassen“. Dabei hat die StrK. auch erwogen, daß die Entmannung keine über die regelmäßigen Folgen eines solchen Eingriffs hinausgehenden Nachteile für den Angekl. mit sich bringen werde.

Da hiernach die Anordnung der Entmannung gerechtfertigt ist, sind die Erörterungen der StrK. darüber, ob diese Maßnahme im Vergleich mit der dauernden Sicherungsverwahrung für den Angekl. das geringere Übel darstelle, gegenstandslos. Hierzu ist übrigens folgendes zu bemerken:

Mit § 42k StGB. hat der Gesetzgeber der Strafrechtspflege ein Mittel an die Hand gegeben, die Allgemeinheit vor weiteren Untaten einer bestimmten Sorte von Sittlichkeitsverbrechern auf die nach den bisherigen Erfahrungen und nach dem derzeitigen Stande der Wissenschaft wirksamste Weise zu schützen. Das Ges. schreibt die Anordnung der Entmannung nicht zwingend vor, stellt sie vielmehr in das Ermessen des Richters. Mit Rücksicht auf ihre tiefgreifenden Wirkungen soll sie, wie schon die Begr. zum Ges. (RAnz. Nr. 277 vom 27. Nov. 1933 S. 2) betont und auch das RG. wiederholt entschieden hat, nur nach sorgfältiger Prüfung aller in Betracht kommenden tatsächlichen Umstände angeordnet werden. Die Gründlichkeit dieser Prüfung ist auch verfahrensrecht-

lich gewährleistet (vgl. z. B. §§ 80a, 140 Abs. 2, 246a StPO.). Die Frage, ob die Entmannung durch Sicherungsverwahrung ersetzt werden kann, gewinnt nur dann praktische Bedeutung, wenn zugleich die Voraussetzungen vorliegen, an die gem. §§ 20a, 42c StGB. diese Maßnahme geknüpft ist. Denn die Voraussetzungen, unter denen die eine oder die andere Maßnahme angeordnet werden kann, decken sich nicht. Der Begriff des „gefährlichen Sittlichkeitsverbrechers" ist, was nicht immer beachtet wird, von demjenigen des „gefährlichen Gewohnheitsverbrechers" verschieden. Infolgedessen kann in Fällen, in denen zwar die Entmannung, nicht aber die Sicherungsverwahrung zulässig ist, die letztere Maßnahme nicht an Stelle der Entmannung auf Grund der Erwägung angeordnet werden, daß sie für den Täter das geringere Übel darstelle. Eine solche Anordnung wäre ungesetzlich. Sind dagegen die Voraussetzungen zur Anordnung beider Maßnahmen gegeben, so können sie nebeneinander angeordnet werden. Ob eine von ihnen genügt, hängt von den Besonderheiten des einzelnen Falles ab. Bei der Entsch. ist jedenfalls der Gesichtspunkt in den Vordergrund zu stellen, auf welche Weise der erstrebte Zweck, nämlich der Schutz der Allgemeinheit, menschlicher Voraussicht nach am sichersten und vollkommensten erreicht wird. Auf die Frage, welche Maßnahme im Einzelfall für den Täter das geringere Übel ist und ob nicht vielmehr die Entmannung mit ihren schweren, nicht wiedergutzumachenden Folgen unter allen Umständen das schwerere Übel darstellt, wird es in der Regel überhaupt nicht ankommen (vgl. im übrigen RG.: JW. 1934, 2059 [20]).

(3. Sen. v. 7. Jan. 1935; 3 D 1312/34.) [W.]

13. § 114 StGB. Unter einer „Drohung" ist nach ständiger Rspr. das Inaussichtstellen eines Übels zu verstehen; es muß — nach der Vorstellung des Drohenden — dem, dem die Maßnahme angekündigt wird, in Aussicht gestellt werden, er werde irgendwie in seinen rechtlichen Interessen, insbes. in seinen Rechtsgütern — etwa seiner Ehre beeinträchtigt, geschädigt werden (RGSt. 39, 266; 46, 106; 55, 37; 56, 46; RGUrt. v. 1. Dez. 1930, 3 D 762/30: JW. 1932, 881 [13] u. a.). Es genügt also nicht, daß die in Aussicht gestellte Maßnahme dem, gegen den sie sich richten soll, Unannehmlichkeiten bereitet, auch nicht, daß sie ihm „sehr unangenehm" ist.

(3. Sen. v. 17. Jan. 1935; 3 D 1263/34.) [Hn.]

14. § 164 StGB. Weder für die „Absicht" (Abs. 1) noch für das Tatbestandsmerkmal „wider besseres Wissen" (Abs. 2) ist bedingter Vorsatz ausreichend. Werden bei der Anzeigeerstattung Beweisanzeichen mit angegeben, so fallen diese nicht unter die „sonstigen Behauptungen tatsächlicher Art" des Abs. 2.

Nach der zum § 164 a. F. StGB. ergangenen Rspr. des RG. war eine auf Herbeiführung des behördlichen Verfahrens gerichtete „Absicht" nicht erforderlich; es genügte insoweit das Bewußtsein, daß die Anzeige das behördliche Einschreiten nach sich ziehen könne und die Aufnahme auch dieses Erfolges in den Willen des Täters (vgl. RG. Rspr. 4, 522; RGSt. 1, 229; 10, 274). Dieser Rechtszustand ist infolge der Neufassung des § 164 durch das Ges. v. 26. Mai 1933 (RGBl. 295) geändert worden. Danach ist jetzt Tatbestandsmerkmal die „Absicht", gegen den Angesch. ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen herbeizuführen oder fortdauern zu lassen. Der vom LG. insoweit angenommene bedingte Vorsatz genügt daher für dieses Tatbestandsmerkmal nicht.

Auch für das Handeln wider besseres Wissen im Falle des Abs. 1 und 2 a. a. O. reicht bedingter Vorsatz nicht aus, vielmehr ist hier Kenntnis von der Unrichtigkeit der Verdächtigung erforderlich. Unrichtig i. S. des Abs. 1 und 5 aber wird diese nicht schon durch die Angabe falscher Beweisanzeichen; entscheidend ist vielmehr, ob der Verdächtigte die ihm nachgesagte Straftat begangen hat oder nicht (vgl. RGSt. 16, 37; Recht 1907 Nr. 3411). Werden bei einer Anschuldigung wegen einer strafbaren Handlung Beweisanzeichen für die Täterschaft des Verdächtigten angegeben, so fallen sie ausschließlich unter den Abs. 1 des Ges. Sie sind keine „sonstigen Behauptungen tatsächlicher Art" i. S. des Abs. 2. Die gegenteilige Auffassung würde dahin führen, daß der Anschuldigende wegen der Angabe unrichtiger Beweisanzeichen nach Abs. 2 bestraft werden könnte, auch wenn der Verdächtigte die Straftat wirklich begangen und der Verdächtigende dies gewußt hat. Das aber kann nicht der Sinn des Gesetzes sein.

(3. Sen. v. 3. Dez. 1934; 3 D 1213/34.) [W.]

15. § 211 StGB. Bedingter Vorsatz schließt die Überlegung bei der Ausführung der Tötung nicht aus. Es bedarf dabei aber besonderer Darlegung, daß der Täter in genügend klarer Erwägung der zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderlichen Tätigkeit handelte. Wenn eine starke seelische Erregung den Entschluß zur Tat hervorgerufen und bei ihrer Ausführung fortbestanden hat, so wird hierdurch ein überlegtes Handeln i. S. von § 211 StGB. nicht ausgeschlossen.

Daß bedingter Vorsatz die Überlegung bei der Ausführung der Tötung nicht ausschließt, ist in der Rspr. anerkannt (RGSt. 67, 424 [1])). Das SchwG. hat auch nicht verkannt, daß das Tatbestandsmerkmal der Überlegung bei der Ausführung der Tötung über den Vorsatz, zu töten, hinaus und unabhängig von ihm festgestellt werden muß (RGSt. 42, 261). Allein die Darlegungen, mit welchen das SchwG. das Vorliegen der Überlegung begründet hat, sind nicht frei von Rechtsirrtum. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist zur Begründung dieses Merkmals erforderlich, daß der Täter bei der Ausführung der Tat fähig war, die zum Handeln drängenden und die ihn davon abhaltenden Beweggründe mit genügender Klarheit und Besonnenheit gegeneinander abzuwägen, und daß er in voller Besonnenheit mit bedachtem Wollen zur Ausführung der Tat geschritten ist. Selbst wenn eine starke seelische Erregung den Entschluß zur Tat hervorgerufen und bei ihrer Ausführung fortbestanden hat, so ist auch dann ein überlegtes Handeln i. S. des § 211 StGB. nicht ausgeschlossen. Vielmehr ist auch in einem solchen Falle entscheidend, ob der Täter gleichwohl noch so weit Herr seines Denkens, Wollens und Tuns war, daß er bei der Ausführung der Tat nicht nur oder doch nicht überwiegend aus seiner Erregung heraus gefühlsmäßig gehandelt hat, sondern verstandesmäßigen Vorstellungen und Erwägungen zu folgen fähig war und gefolgt ist (RGSt. 62, 197).

Die für die Überlegung maßgebenden Erwägungen konnten nach den getroffenen Feststellungen von den Tätern nur von dem Zeitpunkt an, als S. aus seiner Ohnmacht erwachte und seinen Widerstand begann, bis zu seinem Tod angestellt worden sein; der Zeitraum, der für sie in Betracht kam, war ein verhältnismäßig sehr kurzer. Das schloß an sich die Möglichkeit nicht aus, daß die Handlungen der Angekl. innerhalb dieses Zeitraumes von den das Tatbestandsmerkmal der Überlegung kennzeichnenden Erwägungen getragen wurden. Ob dies der Fall war, ist eine Tatfrage. Das Urt. muß aber dann ausreichende Darlegungen darüber enthalten, aus welchen Umständen das Gericht entnommen hat, daß die Täter mit Überlegung gehandelt haben, da nur dadurch dem RevG. die Möglichkeit gegeben wird, nachzuprüfen, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff der Überlegung nicht verkannt hat.

Das SchwG. hat nun lediglich ausgeführt, beide Angekl. seien intellektuell nicht behindert bzw. vollwertig gewesen, die Schnur hätte nur dann fest angezogen und das Tuch nur dann tief hineingestoßen werden können, wenn beide Täter bewußt und überlegt zusammengewirkt hätten, um den Hals abzuschnüren oder das Tuch hineinzustecken. Die Handlungen

[1]) JW. 1934, 426.

seien auch sorgfältig durchgeführt worden. Daraus ergebe sich, daß sie nicht im Affekt begangen sein könnten.

Diese Ausführungen bieten keine Gewähr, daß das SchwG. den Begriff der Überlegung nicht verkannt hat. Ein Festanziehen der Schnur, ein tiefes Hineinstoßen des Tuches können, selbst wenn sie sorgfältig durchgeführt werden, auch geschehen, ohne daß die Täter in der Überraschung über den nicht vorgesehenen Widerstand des S. fähig waren, das Für und Wider der Tat mit genügender Klarheit und Besonnenheit abzuwägen, und ohne daß sie mit bedachtem Wollen diese Handlungen ausführten. Die Feststellung, daß sie dabei „überlegt" handelten, ist nicht genügend, da sie lediglich den Rechtsbegriff ohne jede nähere Erläuterung wiedergibt. Da die Angekl. im vorliegenden Fall die Tötung nach den bisherigen Feststellungen nur mit bedingtem Vorsatz ausführten, hätte es ganz besonderer Prüfung und Darlegung bedurft, daß sie insbes. in genügender klarer Erwägung der zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderlichen Tätigkeit handelten. Zur Unterstützung der richterlichen Überzeugung konnten hierbei Vorgänge vor der Tat und auch solche nach der Tat, soweit aus ihnen auf ein planmäßiges besonnenes Handeln bei der Tat geschlossen werden kann, herangezogen werden. Solche Ausführungen läßt das angefochtene Urt. vermissen.

(2. Sen. v. 22. Okt. 1934; 2 D 1153/34.) [W.]

****16.** Zur Auslegung der §§ 243 und 245 a StGB. Unbefugter Besitz von Diebeswerkzeug, Rückfalldiebstahl.

Der Ausdruck „Diebeswerkzeug" i. S. des § 245 a StGB. ist nicht gleichbedeutend mit Einbruchwerkzeug, sondern umfaßt jedes Werkzeug, das geeignet ist, als Hilfsmittel bei der Wegnahme fremden Eigentums benutzt zu werden. Auch Handschuhe, die zur Vermeidung von Fingerabdrücken von Dieben angelegt werden, sind Diebeswerkzeug (vgl. RGSt. 68, 324[1]). Andererseits kann ein Einbruchdiebstahl ohne jede Benützung eines Werkzeuges begangen werden, so z. B. wenn eine Tür durch gewaltsames Anstemmen des Körpers erbrochen wird. Zum inneren Tatbestand des § 245 a Abs. 1 StGB. gehört nicht die Absicht, das Diebeswerkzeug zur Begehung von strafbaren Handlungen zu verwenden (RG. 4 D 1463/34 v. 8. Jan. 1935).

Das Vergehen des § 245 a ist ein mit einer „gleichsam polizeilichen Strafe" bedrohtes Gefährdungsdelikt, das sich gegen die allgemeine öffentliche Sicherheit richtet. Das Verbrechen des § 243 Nr. 2 StGB. ist ein mit Kriminalstrafe bedrohtes Verletzungsdelikt, dessen Strafdrohung dem Schutze des Eigentums dient.

Hiernach besteht zwischen diesen beiden Strafgesetzen weder Gesetzeseinheit im engeren Sinne (sie stellen nicht denselben rechtlichen Tatbestand auf, wobei das eine von ihnen ein oder mehrere Begriffsmerkmale des anderen bloß in engerer Begrenzung und besonderer Gestalt enthielte), noch wird das Gefährdungsdelikt durch das Verletzungsdelikt aufgezehrt, da das geschützte Rechtsgut bei beiden Delikten nicht dasselbe ist (vgl. RGSt. 59, 107 [111, 113]).

Die Frage, ob Tateinheit oder Tatmehrheit gegeben ist, ist nach Lage des einzelnen Falles zu beurteilen. Hier ist folgender Sachverhalt festgestellt: Als der Angekl. am 21. April 1934 in L. festgenommen wurde, wurden bei ihm nachstehende Diebeswerkzeuge vorgefunden: 6 Dietriche, 1 Hauptschlüssel, 1 Schraubenzieher, 1 Dorn, 1 Stemmeisen, 1 Paar schwarze Handschuhe, 3 Bleistreifen und 1 Taschenlampe. Die StrK. hat das im Ermittlungsverfahren vor der Polizei abgelegte Geständnis des Angekl. für glaubhaft erachtet. Hieraus ergibt sich als Annahme der StrK., daß der Angekl. am 20. April 1934 von D. her kommend nach B. gewandert ist und dort in der Nacht v. 20. auf 21. April 1934 den Einbruch begangen hat, während er die Diebeswerkzeuge schon fünf Tage früher an sich gebracht hatte, offensichtlich ohne damals schon den Vorsatz gefaßt zu haben, den Einbruchdiebstahl bei K. in B. zu begehen. Die Dauerstraftat des verbotenen Diebeswerkzeugbesitzes war ohne jeden Zusammenhang mit der Einbruchsdiebstahlshandlung begonnen worden und begrifflich vollendet, wenn auch noch nicht tatsächlich beendet, ehe der Diebstahlsvorsatz gefaßt wurde. Diebeswerkzeugbesitz und Diebstahl können daher hier mangels eines von vornherein bestehenden einheitlichen Willens nicht als natürliche Handlungseinheit erachtet werden. Infolgedessen ist hier Tateinheit (§ 73 StGB.) ausgeschlossen (vgl. RGSt. 59, 359, 361, ferner 32, 137 und 57, 177, 178). Die Annahme von Tatmehrheit zwischen dem Vergehen des § 245 a Abs. 1 StGB. und dem Verbrechen des § 243 Nr. 2 (in Verb. m. § 244) StGB. ist daher im vorliegenden Falle rechtlich nicht zu beanstanden.

(5. Sen. v. 24. Jan. 1935; 5 D 598/34.) [Hn.]

****17.** §§ 267, 268, 348, 349, 350, 351 StGB. Der Posteinlieferungsschein stellt eine öffentliche Urkunde dar. Die nachträgliche Veränderung dieser Urkunde durch den Postbeamten ist keine Falschbeurkundung i. S. des § 348 Abs. 1 StGB., sondern eine Urkundenfälschung, soweit der Beamte nicht im Rahmen seiner Befugnisse handelt. Die Annahme der Amtsunterschlagung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Beamte das Geld nur einige Tage zu spät an den Berechtigten ausgezahlt hat.

I. Im Falle K. bestehen keine Bedenken gegen die Annahme der StrK., daß es sich bei dem Einlieferungsschein (Zwischenschein) um eine öffentliche Urkunde gehandelt hat (Urt. 3 D 218/31; vgl. auch JW. 1933, 1594[16]). Rechtsirrig ist aber die Annahme der StrK., daß die nachträgliche Veränderung der Urkunde eine Falschbeurkundung i. S. des § 348 Abs. 1 (§ 349) StGB. darstelle. Vielmehr liegt hier nach den Feststellungen des angefochtenen Urt. offenbar ein Fall der schweren Verfälschung einer öffentlichen Urkunde (§§ 267, 268 StGB.) vor. Die Tat des Angekl. stellt sich als ein Eingriff in den Anspruch auf Unversehrtheit der Urkunde dar, der nicht nur dem Inhaber des Scheines, sondern auch der Postverwaltung und sonstigen etwa Beteiligten zustand. Die StrK. erkennt das selbst dadurch an, daß sie ausführt, auch die Erlaubnis des K. habe dem Angekl. nicht das Recht geben können, die Änderung vorzunehmen (weil es sich nämlich um eine öffentliche, für und gegen jedermann beweiskräftige Urkunde gehandelt hat); dann kann aber in der Änderung keine Falschbeurkundung liegen — denn zu einer solchen gehört gerade, daß der Beamte im Rahmen seiner Befugnis handelt —, sondern nur eine Urkundenfälschung.

Der hiernach vorliegende Rechtsfehler beschwert den Angekl. insofern, als nach § 268 StGB., auch wenn es sich um die Verfälschung einer öffentlichen Urkunde handelt, bei Annahme mildernder Umstände auf Gefängnisstrafe (nicht unter drei Monaten) erkannt werden kann, während diese Möglichkeit in § 349 StGB. nicht vorgesehen ist. Da indes bei der von der StrK. als Einheitstat beurteilten strafbaren Betätigung des Angekl. Verbrechen gegen §§ 348, 349 nach anderen Richtungen in mehrfacher Hinsicht bestehen bleiben, ist die Strafe gleichwohl dem § 349, nicht dem § 268 StGB. zu entnehmen. Es ist unter diesen Umständen anzunehmen, daß der Strafausspruch — zumal die erkannte Strafe über die nach § 349 StGB. zulässige Mindeststrafe nur geringfügig hinausgeht — durch den Rechtsfehler nicht berührt wird. Es bedarf auch keiner Änderung der Formel des angefochtenen Urt., da der Gesichtspunkt des § 348 Abs. 1 mit § 349 StGB. in anderer Richtung bestehen bleibt und der des § 268 (in Verb. m. § 267) StGB. aus anderen Gründen in der Formel bereits enthalten ist.

II. Die Nachprüfung des angefochtenen Urt. hat ferner noch nach folgenden Richtungen Rechtsfehler oder doch die Möglichkeit, daß solche vorliegen, aufgedeckt:

In den Fällen 3, 4 hat die StrK. nicht ausreichend begründet, wieso in dem dort festgestellten Verhalten des Angekl. keine (schwere) Amtsunterschlagung liegen soll. Daß der Angekl. das Geld „nur zwei Tage" zu spät ausgezahlt hat, schließt die

[1]) JW. 1934, 2919[23].

Annahme einer derartigen Unterschlagung noch nicht aus. Er hat das Geld weder an den Empfänger ausgezahlt, noch, wie er in diesem Falle hätte tun müssen, an die Postagentur zurückgegeben. Da er in mehreren ähnlichen Fällen festgestelltermaßen Amtsunterschlagungen begangen hat, hätte es näherer Darlegungen darüber bedurft, wieso in diesen Fällen der Angekl. das Geld ohne Zueignungsabsicht zurückbehalten haben könnte.

(3. Sen. v. 20. Dez. 1934; 3 D 939/34.) [W.]

18. §§ 350, 351 StGB. **Das Postzustellbuch ist als ein Buch anzusehen, dessen Führung durch den Postagenten zur Eintragung und Kontrolle der „Einnahmen und Ausgaben" bestimmt ist. Seine unrichtige Führung bildet nur dann einen erschwerenden Umstand der Amtsunterschlagung, wenn sie diese verdecken soll.**

In das Postbestellbuch sind nach § 8 III, XII Dienstanw. für Postagenturen die Ankunft der Nachnahmekarte und die Vorgänge bei der Zustellung einzutragen. Wird die Nachnahme vom Empfänger eingelöst, so ist dies im Zustellbuch unter genauer Angabe des Betrages zu vermerken, sodann die der Nachnahme beigefügte Zahlkarte, die bereits vom Absender mit seiner Anschrift versehen ist, postalisch zu behandeln und der empfangene Betrag in die Einzahlungsliste B einzutragen, die ebenso wie das Zustellbuch dem Abrechnungsbeamten vorzulegen ist (§§ 3 XXVII, 21 IX 2a u. b Dienstanw.). Schon vorher hat er den eingegangenen Betrag in die Monatssumme einzurechnen, auf einer Karte zu vermerken und zusammen mit der Zahlkarte an das Abrechnungspostamt einzusenden. Das Zustellbuch hat sonach über den Verbleib der Nachnahmesendung und den Eingang des eingelösten Betrages Auskunft zu geben. Es ist sohin als ein Buch anzusehen, dessen Führung durch den Postagenten zur Eintragung und Kontrolle der „Einnahmen und Ausgaben" bestimmt ist. Die unrichtige Führung eines solchen Buches bildet nach § 351 StGB. allerdings nur dann einen erschwerenden Umstand der Amtsunterschlagung, wenn sie „in Beziehung auf die Amtsunterschlagung" geschieht, eine solche somit verdecken soll. Nach den Feststellungen der StrK. war der Vermerk des Angekl. im Zustellbuch, daß die Annahme verweigert worden sei, zunächst objektiv richtig gewesen. Er hat es jedoch bei diesem Eintrag belassen, als er den Nachnahmebetrag von der Tochter des B. auf der Postagentur in Empfang genommen und die Nachnahmekarte an diese ausgehändigt hatte, und es unterlassen, den Eingang des eingezogenen Betrags im Zustellbuch entgegen der Vorschrift der Dienstanweisung zu verbuchen. Dadurch, daß er es entgegen seiner amtlichen Verpflichtung unterließ, die unrichtig gewordene Eintragung richtigzustellen, um von ihr zur Verdeckung seiner Unterschlagung Gebrauch zu machen, hat er das Zustellbuch unrichtig geführt (vgl. RGSt. 60, 11).

(2. Sen. v. 3. Jan. 1935; 2 D 497/34.) [W.]

****19.** §§ 22—24, 314, 318, 320 MilStGO. **Hatte das Kriegsgericht das Notzuchtsverbrechen des § 177 StGB. anstatt mit fünf mit drei Richtern besetzt abgeurteilt, so muß das Oberkriegsgericht in einer Besetzung von fünf Richtern über die Berufung entscheiden, wenn es nicht nach § 314 Abs. 2 MilStGO. von seinem Recht der Zurückverweisung Gebrauch macht. Entscheidet das Oberkriegsgericht in dem bezeichneten Falle anstatt mit fünf tatsächlich mit sieben Richtern besetzt, so ist damit der unbedingte Revisionsgrund des § 318 Ziff. 1 MilStGO. nicht gegeben.†)**

(4. Sen. v. 27. Nov. 1934; 4 D 1305/34.)

<= RGSt. 68, 414.>

Abgedr. JW. 1935, 538 [41].

Zu 19. In erster Instanz entschied über eine Anklage wegen Notzucht das Kriegsgericht in der Besetzung von drei Richtern. Über die Ber. entschied das Oberkriegsgericht mit sieben Richtern.

Daß das Kriegsgericht falsch besetzt war, steht außer Zweifel. Das Kriegsgericht besteht aus drei Richtern; wenn Gegenstand der Aburteilung ein mit dem Tode, mit lebenslangem Zuchthaus oder mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren bedrohtes Verbrechen ist, aus fünf Richtern.

Das RG. hält nicht nur das Kriegsgericht, sondern auch das Oberkriegsgericht für falsch besetzt. Das RG. beanstandet ferner, daß das Oberkriegsgericht sachlich entschieden habe, anstatt wegen Verfahrensmangels aufzuheben und zurückzuverweisen. Das Vorliegen des unbedingten Revisionsgrundes des § 318 Nr. 1 MilStGO. (unvorschriftsmäßige Besetzung des erk. Gerichts) verneint das RG.; das Oberkriegsgericht sei falsch, aber zu gut besetzt gewesen.

Für das Oberkriegsgericht bestimmt § 23 MilStGO., daß es im Regelfall auf fünf Richtern besteht. „Ist Ber. gegen das Urteil eines mit fünf Richtern besetzten Kriegsgerichts eingelegt, so besteht das Oberkriegsgericht aus sieben Richtern" (§ 24).

Aus dem Wortlaut dieser Vorschr. folgert das RG., daß das BG. hier nur mit fünf Richtern hätte besetzt sein dürfen, da das Gericht erster Instanz, wenn auch fehlerhafterweise, nur mit drei Richtern besetzt gewesen sei. Zur Begr. führt das RG. außer dem Hinweis auf den Wortlaut des § 24 noch an, daß sich die Besetzung des BG. nicht nach sachlich-rechtlichen, sondern nach verfahrensrechtlichen Grundsätzen richte; wäre für die Besetzung des BG. der Gegenstand der Aburteilung maßgebend, so könne das zu Zweifelsfragen führen, wenn der Gegenstand der Aburteilung in den beiden Instanzen verschieden sei.

Der Entsch. des RG. ist beizutreten, soweit sie beanstandet, daß das BG. die Sache nicht zurückverwiesen hat. Auch insoweit ist dem Urteil — seinen Ausgangspunkt als richtig unterstellt — beizupflichten, als es schließlich doch zu einer Zurückweisung der Rev. kommt. Im entscheidenden Punkte aber, in der Frage, wie nun das Oberkriegsgericht hätte besetzt sein müssen, scheint mir eine andere Auffassung vertretbar zu sein und vielleicht auch zu besseren Ergebnissen zu führen.

Nach § 20 Abs. 3 MilStGO. treten die Kriegsgerichte und Oberkriegsgerichte nur auf Ber. des Gerichtsherrn und nur für den einzelnen Fall zusammen. Nach den §§ 183, 304 veranlaßt der Gerichtsherr den Zusammentritt des Gerichts. Hier war nach dem Urteil erster Instanz klar geworden, daß das Kriegsgericht falsch besetzt war. Der Gerichtsherr zweiter Instanz ließ sich offensichtlich von der Erwägung leiten, daß dann wenigstens das BG. so zusammengesetzt sein sollte, wie es für schwere Fälle vorgesehen ist. Deshalb berief er sieben Richter.

Ob der Wortlaut des § 24 unbedingt gegen den Gerichtsherrn und für die Ansicht des RG. spricht, ist fraglich. Es läßt sich auch sagen, daß die Fassung der Vorschr. nur deshalb so gewählt ist, weil sie in kurzen Worten den langatmigen Abs. 1 des § 22 wiederholen soll.

Das RG. wendet aber weiter ein, die Zusammensetzung des Oberkriegsgerichts richte sich eben nicht nach der Schwere der zur Aburteilung stehenden Sache, sondern nach der Besetzung des ersten Gerichts. Das ist zutreffend. *Aber das Gesetz ist bei dieser Regelung wohl von der Annahme ausgegangen, daß das erste Gericht seinen Vorschriften entsprechend berufen worden ist.* Unter dieser Voraussetzung konnte es unbedenklich bestimmen, daß sich die Besetzung des zweiten Gerichts nach der des ersten richtet. War jedoch, wie hier, die Besetzung des ersten Gerichts falsch, so braucht das kein Grund dafür sein, daß auch in zweiter Instanz ein zu schwach besetztes Gericht entscheidet. Wenn man den krassen Fall nimmt, daß über einen Mord das Kriegsgericht mit drei Richtern entschieden hätte und daß die Ber. an ein mit fünf Richtern besetztes Oberkriegsgericht gegangen wäre, so hätte dieses Gericht, entsprechend dem auch im vorl. Fall mißbräuchlich angewandten Verfahren, nicht unbedingt zurückzuverweisen brauchen. Dann wäre in beiden Instanzen in zu schwacher Besetzung entschieden worden. Das RG. müßte aber nach seiner eigenen Begr. die Besetzung des Oberkriegsgerichts als in diesem Falle richtig anerkennen. Es wäre also in solchen Fällen nicht möglich, dem Willen des Gesetzes über die Besetzung der Gerichte Geltung zu verschaffen. Ein solches Ergebnis ist unbefriedigend.

Meines Erachtens könnte man zur Auslegung und Anwendung des § 24 den Gedanken verwenden, der in § 238 Abs. 4 Ausdruck gefunden hat —, daß in jeder Lage des Verfahrens geprüft werden muß, ob das Gericht in richtiger Besetzung entscheidet. Nach der angeführten Vorschr. ist die Hauptverhandlung auszusetzen, wenn sich abweichend von der Anklageverfügung ergibt, daß Gegenstand der Aburteilung ein schweres Verbrechen ist. *Der Gerichtsherr hat alsdann ein mit fünf Richtern besetztes Kriegsgericht* zu berufen. Diese Vorschr.

20. §§ 256, 338 Ziff. 8 StPO. Das Reichsmonopolamt ist eine öffentliche Behörde, deren zur selbständigen Zeichnung berechtigten Abteilungsleiter „in Vertretung“ oder „im Auftrage“ ihrer Vorgesetzten Gutachten aufsetzen können, die als zu Recht und im Namen des Monopolamtes abgegeben anzusehen sind. Die Vorlesung solcher Gutachten in der Hauptverhandlung ist zulässig und ersetzt die Vernehmung der Beamten, soweit diese nicht wegen Unklarheit der Aufzeichnungen oder dergleichen besonders beantragt worden ist.

Der Verteidiger behauptet nicht, daß das Reichsmonopolamt keine öffentliche Behörde i. S. des § 256 StPO. sei, macht vielmehr nur geltend, die Beamten, von denen die Gutachten herrührten, seien nicht ermächtigt, solche Erklärungen für das Reichsmonopolamt abzugeben. Diese Behauptung trifft jedoch, wie sich aus den gesetzlichen Vorschr., den bei den Akten befindlichen Unterlagen und den vom RevG. angestellten Ermittlungen ergibt, nicht zu.

Nach § 4 BranntwMonG. besteht die Reichsmonopolverwaltung aus dem Reichsmonopolamt (§ 8) und der Verwertungsstelle (§ 9); an ihrer Spitze steht ein Präsident (§ 7). Das Reichsmonopolamt ist eine Behörde (§ 8 Abs. 1). Die Dienstgeschäfte, die der Präsident der Reichsmonopolverwaltung leistet, sind durch die vom Reichsminister der Finanzen erlassene — nicht veröffentlichte — Geschäftsordnung vom 4. Aug. 1921 geregelt. Das Reichsmonopolamt gliedert sich in drei Abteilungen, deren eine die „chemisch-technische“ ist (Abt. III). Die Abteilungsleiter sind ermächtigt, die ihre Abteilung betreffenden Sachen, deren Zeichnung sich nicht der Präsident oder sein Stellvertreter, der Direktor beim Reichsmonopolamt, vorbehalten hat, mit „in Vertretung“ zu zeichnen. Weiter sind sie ermächtigt, den Sachbearbeitern ihrer Abteilung die selbständige Zeichnung („im Auftrage“) der von ihnen oder nach ihrer Anweisung entworfenen Verfügungen für den Einzelfall zu übertragen. Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen zur selbständigen Zeichnung sind die mit „in Vertretung“ von dem betreffenden Abteilungsleiter und die mit „im Auftrage“ von dem betreffenden Sachbearbeiter gezeichneten Verfügungen als zu Recht und im Namen des Reichsmonopolamtes abgegeben anzusehen.

Die beiden hier in Betracht kommenden Gutachten sind auf Ersuchen erstattet worden, die die Zollfahndungsstelle in D. entweder unmittelbar oder durch Vermittlung der Zollehranstalt in M. an das Reichsmonopolamt gerichtet hatte; sie betrafen nach den bei den Akten befindlichen Unterlagen das von der Abt. III zu bearbeitende Sachgebiet. Das Gutachten vom 17. Mai 1932 ist von dem Leiter dieser Abteilung: ORegR. M. mit „in Vertretung“ und dasjenige v. 30. Aug. 1932 von dem Sachbearbeiter derselben Abteilung: RegR. E. mit „im Auftrage“ unterzeichnet. Unter den gegebenen Umständen sind die beiden Gutachten als von den erwähnten, das Reichsmonopolamt vertretenden Beamten im Rahmen ihrer Zuständigkeit unterzeichnet anzusehen; für ihren Inhalt übernimmt das Reichsmonopolamt nach außen hin die Verantwortung. Es handelt sich somit um — ein Gutachten enthaltende — Erklärungen einer öffentlichen Behörde, die nach § 256 StPO. in der Hauptverhandlung verlesen werden können (vgl. RGSt. 57, 323).

Der Verteidiger hat in der Hauptverhandlung „ganz allgemein“ die Vernehmung der Sachverständigen, die die Gutachten der Reichsmonopolverwaltung erstattet hätten, beantragt, da diese Gutachten in der schriftlich erstatteten Form zur Klärung des Sachverhalts nicht ausreichten, die Vernehmung auch im Hinblick auf § 250 StPO. notwendig sei. Diesen Antrag hat die StrK. mit der Begründung abgelehnt, „daß das Gutachten einer staatlichen Behörde ausreiche“. Damit sollte — den Prozeßbeteiligten erkennbar — gesagt werden, daß die von einer öffentlichen Behörde nach § 256 StPO. erstatteten schriftlichen Gutachten in der Hauptverhandlung verlesen werden könnten und deshalb eine Vernehmung der Beamten nicht erforderlich sei. Darin liegt kein Verstoß i. S. des § 338 Nr. 8 StPO. Hielt der Verteidiger die Gutachten für sachlich unklar oder unzureichend, so hätte er deren Ergänzung — nötigenfalls durch Vernehmung der Beamten — hinsichtlich der bestimmt zu bezeichnenden Punkte beantragen müssen. Aus der Ablehnung eines solchen Antrags hätte er möglicherweise ein Rügerecht herleiten können.

(3. Sen. v. 5. Nov. 1934; 3 D 1527/33.) [W.]

muß zunächst — über ihren Wortlaut hinaus — auf den Fall ausgedehnt werden, in dem, wie hier, Anklageverfügung und Ergebnis der Hauptverhandlung übereinstimmen, in dem aber das Gericht versehentlich falsch besetzt war. Der Zweck der Vorschr. erlaubt es, wenn man die oben dargelegten Gründe berücksichtigt, daß auch zwischen dem Urteil erster und dem Verfahren zweiter Instanz von ihr ein sinngemäßer Gebrauch gemacht wird. Der Gerichtsherr zweiter Instanz brauchte dann einen offensichtlichen Fehler der ersten Instanz nicht zum Anlaß zu nehmen, ein Gericht einzuberufen, das schwächer besetzt ist, als es der Absicht des Gesetzes entspricht.

Ich glaube nicht, daß bei dieser Auslegung des § 24 die Schwierigkeiten auftreten müssen, die das RG. befürchtet. Eine Änderung des Gegenstandes der Aburteilung beeinflußt auch nach meiner Ansicht die Zusammensetzung der Gerichte nicht. Scheidet z. B. ein schweres Verbrechen für die zweite Instanz von der Aburteilung aus und bleibt nur ein Vergehen übrig, so war doch das erste Gericht richtig besetzt, als es über die beiden Taten entschied; entsprechend dieser richtigen Besetzung ist dann das Oberkriegsgericht zu berufen, also mit sieben Richtern.

MinR. Dr. Lehmann, Berlin

Reichserbhofgericht

1. §§ 48, 46 RErbhofG.; § 11 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.; § 21 FGG. Die Frist für die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung des AnerbG. (§ 48 Abs. 1 Satz 2 RErbhofG.) wird auch dadurch gewahrt, daß die Beschwerdeschrift beim AnerbG. rechtzeitig eingeht.

Der Erbhofbauer Hermann K. in Z. hat am 5. Sept. 1934 bei dem AnerbG. D. beantragt, die Belastung seines Erbhofes mit einer Hypothek von 10 000 RM zu genehmigen, da er diesen Betrag zur Schaffung einer selbständigen Existenz für seine verheiratete Tochter benötige und ohne Hypothekenbestellung nicht erhalten könne.

Das AnerbG. D. hat mit Beschl. v. 24. Sept. 1934 die Belastung nicht genehmigt und dem Antragsteller die Kosten auferlegt.

Gegen diesen Beschluß, der dem Hermann K. am 17. Okt. 1934 zugestellt worden ist, hat K. mit einem Schreiben vom 30. Okt. 1934, das am gleichen Tage in den Einlauf des AnerbG. D. gelangt ist, am 31. Okt. 1934 an das LErbhGer. Celle weitergeleitet worden und dort am 2. Nov. 1934 eingelaufen ist, sofortige Beschw. eingelegt und beantragt, den Beschluß des AnerbG. aufzuheben und die Belastung zu genehmigen.

Das LErbhGer. hat mit Beschl. v. 6. Nov. 1934 die sofortige Beschw. auf Kosten des BeschwF. als unzulässig verworfen, da die Beschw. erst am 2. Nov. 1934, nach Ablauf der 14tägigen Beschwerdefrist bei dem LErbhGer. eingelaufen, sonach verspätet und unzulässig sei.

Gegen diesen am 22. Nov. 1934 zugestellten Beschluß hat RA. K. in D. namens des Antragstellers am 3. Dez. 1934 sofortige weitere Beschw. eingelegt und diese damit begründet, daß die sofortige Beschw. des K. gegen den Beschluß des AnerbG. schon am 30. Okt. 1934, also noch innerhalb des Laufes der Beschwerdefrist, bei dem AnerbG. D. eingereicht worden sei, was einer Einreichung der Beschw. bei dem LErbhGer. gleich stehe; die Verwerfung der Beschw. wegen Unzulässigkeit sei deshalb unbegründet.

Der Antrag des BeschwF. geht dahin, es möge der Beschluß des LErbhGer. aufgehoben und über die Beschw. des Antragstellers vom 30. Okt. 1934 entschieden werden.

Die sofortige weitere Beschw. ist zulässig und begründet.

Die Frist für die sofortige Beschw. gegen die Entsch. des AnerbG. beträgt nach der ausdrücklichen Best. des RErbhofG. selbst (§ 48) — nicht nach § 22 Abs. 1 FGG. mit § 46 RErbhofG., wie der Beschluß des LErbhGer. sagt — zwei Wochen. Diese Frist wurde dadurch gewahrt, daß die Beschwerdeschrift am 30. Okt. 1934 beim AnerbG. D., dem Gerichte, dessen Beschluß angefochten wurde, einlief (§ 11 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG., § 21 FGG.). Das LErbhGer. durfte die Beschw. deshalb nicht als unzulässig verwerfen, sondern mußte über sie sachlich entscheiden.

Zur neuen sachlichen Entsch. war deshalb die Sache — unter

Aufhebung des Beschlusses des LErbhGer. — an dieses Gericht zurückzuverweisen (§ 26 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.). Dem Antrag des BeschwF., das RErbhofG. solle über den Genehmigungsantrag selbst entscheiden, wurde nicht stattgegeben, da der Genehmigungsantrag ohne weitere Erhebungen — wenigstens für eine Entsch. i. S. des Antragstellers — noch nicht entscheidungsreif erscheint.

(RErbhGer., 3. Sen., Beschl. v. 26. Jan. 1935, 3 RB 779/34.)

*

2. § 49 Abs. 4 Satz 1 RErbhofG.; § 17 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. Die Beweiswürdigung des ErbhGer. kann nur dann einen Verfahrensverstoß und damit einen neuen selbständigen Beschwerdegrund bilden, wenn ein Mißbrauch der für die Beweiswürdigung eingeräumten Ermessensfreiheit feststellbar ist.

Der 72jährige Bauer Otto G. ist Eigentümer eines Erbhofes. Von seinen beiden Söhnen ist der 48jährige Sohn Kurt Milchhändler und der 43jährige Sohn Ernst Wirtschaftsgehilfe. Beide sind verheiratet. Ernst G. lebt mit seiner Ehefrau auf dem väterlichen Hof. Diesen Hof will der Vater einem Enkel seiner Ehefrau aus deren erster Ehe übertragen und hat hierzu die Genehmigung des AnerbG. nachgesucht. Das AnerbG. hat die Genehmigung versagt. Die vom Antragsteller eingelegte sofortige Beschw. hat das ErbhGer. zurückgewiesen. Beide Gerichte haben das Vorliegen eines wichtigen Grundes verneint, weil nicht feststehe, daß beide Söhne nicht bauernfähig seien.

Diesen Beschluß ficht der Antragsteller mit der sofortigen weiteren Beschw. an, die frist- und formgemäß eingelegt, aber unzulässig ist. Nach § 49 Abs. 2 RErbhofG. ist die sofortige weitere Beschw. gegen den Beschluß des ErbhGer. nur dann zulässig, wenn in der angefochtenen Entsch. ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Da das ErbhGer. zu demselben Ergebnis kommt wie das AnerbG. und die sofortige Beschw. gegen dessen Beschluß zurückweist, liegen zwei gleichlautende Entsch. vor, so daß ein neuer selbständiger Beschwerdegrund nur gegeben wäre, wenn das Verfahren an einem Verstoß gegen zwingende Verfahrensvorschr. leiden würde. Einen solchen läßt die angefochtene Entsch. auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens nicht erkennen. Der BeschwF. irrt, wenn er glaubt, ein neuer selbständiger Beschwerdegrund sei deshalb gegeben, weil der angefochtene Beschluß erstmalig über die Ehrbarkeit und Bauernfähigkeit des Sohnes Kurt G. befinde. Abgesehen davon, daß diese Behauptung unrichtig ist, da das AnerbG. ausdrücklich feststellt, daß an der Anerbenfähigkeit des Kurt G. nicht zu zweifeln sei, zumal der Vater sie nicht in Abrede stelle, würde ein neuer selbständiger Beschwerdegrund selbst dann nicht gegeben sein, wenn diese Behauptung zutreffen würde. Denn auch das ErbhGer. hat über die Erbhoffähigkeit des Kurt G. nicht eine selbständige Entsch. i. S. von § 18 RErbhofG. getroffen, sondern ist nur, um zu prüfen, ob für die vom Antragsteller erbetene Genehmigung ein wichtiger Grund vorliege, in eine Würdigung der über die Anerbenfähigkeit des Kurt und Ernst G. erhobenen Beweise eingetreten, wobei es festgestellt hat, daß das Beweisergebnis nicht ausreiche, um die Vorwürfe des Vaters, aus denen er die Nichtehrbarkeit seiner beiden Söhne herleiten will, für bewiesen erachten zu können. Mit seiner Rüge greift daher der BeschwF. ebenso, wie mit seiner weiteren BeschwBegr. nur die Beweiswürdigung des angefochtenen Beschlusses an. Diese steht nach § 17 der 1. DurchfVO. zum RErbhofG. im freien Ermessen des ErbhGer., so daß nur ein hier nicht feststellbarer Mißbrauch dieser Ermessensfreiheit einen Verfahrensverstoß und damit einen neuen Beschwerdegrund bilden könnte. Auch die sonstigen gegen die Rechtsauffassung der Entsch. vorgebrachten Bedenken können die Zulässigkeit der weiteren Beschw. nicht begründen.

(RErbhGer., 3. Sen., Beschl. v. 26. Jan. 1935, 3 RB 692/34.)

Erbhofgerichte

Bamberg

1. §§ 30, 37 Abs. 2 RErbhofG. Für eine Ausstattung von Kindern mit Grundstücken ist ein wichtiger Grund nur ganz ausnahmsweise gegeben, wenn nämlich durch Zusammenheiraten des ausgestatteten Kindes mit einem Hofbesitzer ein neuer Erbhof entsteht und der Bestand des elterlichen Erbhofes durch die Ausstattung nicht beeinträchtigt wird. †)

Johann Sp. ist Eigentümer des Anwesens Hs.-Nr. 84 1/2 in E. und einer Anzahl von Grundstücken, ferner gehören ihm und seiner Ehefrau Pauline eine Reihe von weiteren Grundstücken je zu Hälfteanteilen. Die Grundstücke des Ehemanns und die gemeinschaftlichen Grundstücke sind auf zusammen 9,579 ha berechnet.

Die Eheleute Sp. haben einen Sohn, der später den Hof bekommen soll, und zwei Töchter, von denen sie der älteren, Frieda, eine Ausstattung in Geld, der jüngeren, Paulina, eine solche in Grundstücken gewähren wollen. Johann Sp. will dieser Tochter aus seinem Eigentum 1,289 ha übereignen, ferner wollen die Eheleute ihr aus ihrem gemeinsamen Besitz 1,073 ha geben. Johann Sp. hat die Genehmigung dieser Veräußerungen beantragt. Das AnerbG. hat dem Antrage entsprochen. Gegen diesen Beschluß hat der Kreisbauernführer sofortige Beschw. erhoben.

Das Anwesen der Eheleute Sp. ist, da nach § 5 der 2. DurchfVO. der gesamte Besitz der Eheleute zusammenzurechnen ist, in seinem Bestande ein Erbhof. Die Veräußerung von Teilen eines Erbhofes ist nach § 37 RErbhofG. nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Ausstattung von Kindern ist regelmäßig nicht als wichtiger Grund anzuerkennen. Die Kinder, die den Hof nicht erhalten, sollen gem. § 30 Abs. 2 RErbhofG. eine den Mitteln des Hofes entsprechende Barausstattung erhalten. Das Geld hierzu muß allmählich eingespart werden. Eine Ausstattung mit Grundstücken ist nur ganz ausnahmsweise zulässig, nämlich dann, wenn durch Zusammenheiraten des ausgestatteten Kindes mit einem anderen Grundbesitzer ein neuer Erbhof entsteht und ferner der Bestand des Erbhofes durch die Ausstattung nicht in Frage gestellt wird. Keine dieser Voraussetzungen ist hier gegeben. Es steht nicht fest, daß Paulina Sp. einen Hofbesitzer in E. mit mindestens etwa 6 ha Grundfläche heiraten wird, und es ist auch zweifelhaft, ob das Anwesen der Eheleute Sp. nach Wegveräußerung von 2,362 ha noch die Größe einer Ackernahrung haben würde.

(ErbhGer. b. OLG. Bamberg, Beschl. v. 31. Okt. 1934, BeschwReg. Nr. 155/34.) [S.]

*

Celle

2. § 10 RErbhofG.; § 61 der 1. DurchfVO. Antragsrecht des Hypothekengläubigers auf Nachprüfung der Erbhofeigenschaft, auch wenn auf Einspruch des Eigentümers Eintragung in die Erbhofrolle angeordnet war.

Der frühere Schmiedemeister B. in N. hatte durch Vertrag v. 18. April 1932 eine etwa 17 Morgen große Landwirtschaft von dem jetzigen Ausgedinger H. erworben und sie mit seinem eigenen Landbesitz von etwa 18 Morgen zu einer Wirtschaft vereinigt. Auf seinen Einspruch hin hat das AnerbG. durch Beschl. v. 17. August

---

Zu 1. Die Entsch. ist zu billigen, auch dem Leitsatz ist zuzustimmen.

§ 37 Abs. 2 gestattet dem AnerbG. Grundstücksveräußerungen von Erbhöfen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, also in Ausnahmefällen, zu genehmigen. Die Regel und ein Hauptgrundsatz des RErbhofG. ist die Unveräußerlichkeit des Erbhofes in seiner Gesamtheit wie in seinen Teilen, die in den Einleitungsworten und in § 37 Abs. 1 deutlich ausgesprochen ist.

Diese klare Fassung des Gesetzes hätte wohl der Rspr. genügt, um einen alltäglichen Antrag auf Genehmigung einer Grundstücksveräußerung zu Ausstattungszwecken abzulehnen. Zur Vermeidung jeglichen Zweifels hat aber der Gesetzgeber gerade für diesen Fall noch eine Sonderregelung getroffen. So heißt es schon im Vorspruch, die Bauernhöfe sollen vor Zersplitterung im Erbgang geschützt werden, der Erbhof geht ungeteilt auf den Anerben über und die Rechte der Miterben beschränken sich auf das übrige Vermögen des Bauern. Endlich sagt § 30 Abs. 2 RErbhofG., daß die Abkömmlinge ausgestattet werden sollen, soweit die Mittel des Hofs dies gestatten, also nicht mit Bestandteilen des Erbhofes selbst. Es war daher selbstverständlich, daß das Gericht dem für das alte Realteilungsgebiet Franken typischen Antrag, für den weitere Gründe nicht angeführt wurden, nicht stattgegeben hat.

Die Entsch. enthält noch ein Beispiel, wann allenfalls die Genehmigung zur Ausstattung eines Kindes mit Grundstücken zu erteilen wäre. Auch hierin ist der Auffassung des Gerichtes beizupflichten mit der Maßgabe, daß es sich dabei nur um die Ergänzung von Besitzungen handeln kann, die bereits einen erheblichen Teil einer Ackernahrung darstellen. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die Kinder in erster Linie aus den Ersparnissen des Erbhofes ausgestattet werden sollen. Soweit dies nicht möglich ist, verdient eine Belastung den Vorzug vor der Veräußerung von Grundstücken. Wirtschaftliche Rücksichten und die Vermeidung von unbilligen Härten, vor allem in der Übergangszeit, sind leitende Gesichtspunkte, die noch manche Ausnahme von dem Grundsatz der Unveräußerlichkeit rechtfertigen mögen.

Diplomlandwirt Dr. Hanns Kirchmann, Aichach.

1934 die Eintragung dieser insgesamt 8 ha 83 a 52 qm großen Wirtschaft in die Erbhofrolle angeordnet. Mit Schriftsatz v. 13. Okt. 1934 hat der Ausgedinger und Hypothekengläubiger H., der Vorbesitzer der am 18. April 1932 hinzugekauften Wirtschaft, gebeten, die Frage der Erbhofeigenschaft einer Nachprüfung zu unterziehen. Wegen der Zulässigkeit des Antrages war hierbei auf den Aufsatz von **Vogels**: Deutsche Justiz 1934, 1236 und die Entsch. des LErbhGer. Celle: JW. 1934, 2625 Bezug genommen.

Das AnerbG. hat in dem Beschl. v. 13. Nov. 1934 abgelehnt, von **Amts wegen** in eine neue Prüfung der Erbhofeigenschaft und der Bauernfähigkeit des Eigentümers einzutreten, nachdem es durch den Beschl. v. 17. Aug. 1934 die Aufnahme der Besitzung in die Erbhöferolle angeordnet habe. Es hat dem Ausgedinger H. und dem Kreisbauernführer überlassen, einen Antrag zu stellen.

Gegen diesen Beschluß hat der Ausgedinger und Hypothekengläubiger H. Beschw. eingelegt und gleichzeitig auch gegen den Beschl. v. 17. Aug. 1934. Das LErbhGer. Celle hat die Beschw. gegen den Beschl. v. 17. Aug. 1934 als unzulässig verworfen, den Beschl. v. 13. Nov. 1934 aber aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entsch. an das AnerbG. Freystadt zurückverwiesen. In der Begründung heißt es:

I. Die Beschw. gegen den Beschl. v. 17. Aug. 1934 ist unzulässig. Dieser Beschluß ist im Einspruchsverfahren ergangen, an dem nur der Eigentümer und der Kreisbauernführer beteiligt sind. Eine Beteiligung der dinglichen Gläubiger an diesem Verfahren ist in dem Gesetz nicht vorgesehen. Den dinglichen Gläubigern steht vielmehr lediglich das Verfahren nach § 10 RErbhofG. zu (§ 61 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.). Die Beschw. gegen den Beschl. vom 17. Aug. 1934 war demnach als unzulässig zu verwerfen.

II. Die Beschw. gegen den Beschl. v. 13. Nov. 1934 mußte dagegen zur Aufhebung des Beschlusses führen. Da es sich hier um einen förmlichen Beschluß des AnerbG. handelt, ist auch die Beschw. dagegen zulässig. Der Antrag auf „Nachprüfung der Erbhofeigenschaft" ist als Antrag aus § 10 RErbhofG. (§ 61 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.) aufzufassen. Der Antragsteller bezweckte mit diesem Antrag eine förmliche Feststellung über die Erbhofeigenschaft in einem besonderen Verfahren. Trotz des Einspruchsverfahrens mußte das AnerbG. über diesen Antrag auf Grund nochmaliger sachlicher Prüfung und etwaiger weiterer Ermittelungen entscheiden. Eine Entsch. von Amts wegen, wie sie das AnerbG. ablehnt, war gar nicht begehrt; das Verfahren sollte vielmehr auf dem Antrag des H. beruhen. Da das AnerbG. eine sachliche Entsch. abgelehnt hat, mußte infolgedessen auf die Beschw. hin der Beschluß aufgehoben werden, damit das AnerbG. Gelegenheit hat, nun nochmals in eine neue Verhandlung einzutreten und eine neue sachliche Entsch. zu fällen. Dabei hat es zugleich auch über die Bauernfähigkeit des Eigentümers zu erkennen, da die Erbhofeigenschaft eines Hofes nur dann gegeben ist, wenn außer der Ackernahrung auch die vom RErbhofG. geforderten persönlichen Voraussetzungen in dem Eigentümer gegeben sind. Das hat das AnerbG. offenbar verkannt. Eines besonderen Antrages auf Aberkennung der Bauernfähigkeit bedarf es also nicht. Vielmehr hat das AnerbG. auch innerhalb des Feststellungsverfahrens nach § 10 RErbhofG. über die Bauernfähigkeit des Eigentümers zu entscheiden.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 4. Dez. 1934, 4 EH 2217/34.)

Ber. von RA. **Viktor Schlüter**, Neusalz (Oder).

*

Stuttgart

3. §§ 1, 3 Abs. 2, 7 Abs. 1 RErbhofG. **Zur Bewirtschaftung eines Waldes ist keine in unmittelbarer Nähe gelegene Hofstelle erforderlich. Der Zusammenhang mit der Hofstelle ist immer dann noch gegeben, wenn die Waldarbeiter vom Hofe ausgeschickt werden oder doch von dort aus ihre Weisungen erhalten; dies gilt besonders dann, wenn das gewonnene Holz zum großen Teil auf der Hofstelle Verwendung findet.**

Der Gutsbesitzer Hermann L. in B. besitzt auf den Markungen B. und E. ein landwirtschaftliches Besitztum von 29,49 ha, außerdem einen Hopfengarten im Meßgehalt von 1,12 ha, den er aber wegen weiter Entfernung vom Hof seit Jahren verpachtet hat. Dazu kommt ein größerer Waldbesitz von zusammen 18,15 ha auf den Markungen B. (2,09 ha), H. (0,51 ha), L. (8,05 ha), O. (1,11 ha) und T. (6,33 ha). Gegen die Anordnung der Aufnahme des ganzen Besitztums, das einen Einheitswert von 50 000 RM hat, in das gerichtliche Verzeichnis hat L. Einspruch insoweit eingelegt, als sich die Anordnung auf den — angeblich ständig verpachteten — Hopfengarten und den ganzen Waldbesitz erstreckt hat. Er erklärte sich bereit, $^1/_3$ seines Waldes, soweit er in der Nähe von B. liegt und mit dem Hof in einem gewissen nachbarlichen Zusammenhang steht, dem Erbhof zuschreiben zu lassen, während er bzgl. des Rests, der zum Teil etwa 12 km von seiner Hofstelle entfernt sei und daher ohne Zusammenhang mit ihr stehe, um Freilassung von der Höferolle bat, da der Waldbesitz auch keinen nachhaltigen Jahresertrag abwerfe und daher auf die Ackernahrung i. S. des § 2 RErbhofG. ohne Einfluß sei.

Das AnerbG. hat durch Beschluß v. 25. Juli 1934 festgestellt, daß zwar der Hopfengarten nicht zu seinem Erbhof gehöre, wohl aber der Wald.

Gegen diese Zurückweisung richtet sich die sofortige Beschwerde des Hofbesitzers. Er macht geltend, daß nach dem RErbhofG. zum Erbhof nur gehöre, was „unter dem Pfluge" sei, d. h. was **landwirtschaftlich** nachhaltig bewirtschaftet werden könne, nicht also der Wald, der ja auch bei den meisten Erbhöfen fehle. Der Erwerb seiner Waldungen habe mit seiner Landwirtschaft nichts zu tun gehabt. Der Wald sei seine Liebhaberei. Es fehle den Wäldern auch jeder Zusammenhang mit dem Hof; auch ihre Bewirtschaftung erfolge nicht ausschließlich von der Hofstelle aus; er habe z. B. in T. einen Waldarbeiter, der einen erheblichen Teil der anfallenden Arbeiten auf Anweisung des BeschwF. besorge; das in den Waldungen anfallende Brenn- und Werkholz werde teils nach der Hofstelle befördert und dort verwendet, teils, hauptsächlich in den abgelegenen Waldungen, verkauft. Seine meisten Wälder habe er von seinen Eltern übernommen. Dazu habe er später noch Wälder in der Nähe seines Waldbesitzes zugekauft. Einen geeigneten Anerben habe er nicht.

Die Beschwerde ist nicht begründet. Nach § 1 Abs. 1 RErbhofG. ist nicht nur landwirtschaftlicher Grundbesitz, sondern auch **forstwirtschaftlich** genutzter Grundbesitz Erbhof, wenn er die erforderliche Größe hat und sich im Alleineigentum einer bauernfähigen Person befindet. Die Größe bemißt sich für beide Nutzungsarten gem. § 2 nach der Ackernahrung. Aus diesem in § 2 a. a. O. näher umschriebenen Begriff läßt sich eine Einschränkung in dem Sinne des BeschwF. nicht herauslesen. Auch die Meinung findet im Erbhofgesetz keine Stütze, daß, wenn schon die landwirtschaftlich genutzte Fläche die Größe einer Ackernahrung erreicht, der dem Erbhofbesitzer gehörige Wald, vollends wenn er keinen nachhaltigen Ertrag abwirft, beiseite gelassen werden dürfte. In der Bestimmung des § 7 Abs. 1 RErbhofG., wonach alle im Eigentum des Bauern stehenden Grundstücke, die regelmäßig von der Hofstelle aus bewirtschaftet werden, zum Erbhof gehören, kommt der Gedanke der Totalität des land- und forstwirtschaftlichen Besitzes zur Anerkennung (vgl. **Lange**: DRZ. 1933, 338).

Das Gesetz verlangt aber für die Zugehörigkeit der Grundstücke zum Erbhof in § 3 Abs. 2 u. § 7 Abs. 1 die Bewirtschaftung von der Hofstelle aus. Schon früher hat das ErbhGer. ausgesprochen, daß zur Bewirtschaftung eines Waldes nicht etwa grundsätzlich eine in seiner Nähe gelegene Hofstelle erforderlich ist, weil der Wald sich auch von einer entfernt gelegenen Hofstelle aus ordnungsmäßig bewirtschaften läßt. Nach den angestellten Erhebungen und den teilweisen Einräumungen des BeschwF. kann im vorliegenden Fall darüber kein Zweifel bestehen, daß die Bewirtschaftung der Wälder des BeschwF. von seiner Hofstelle in B. aus erfolgt. Von dort aus entsendet er seine Leute mit dem Fahrzeug und den erforderlichen Werkzeugen in seine Wälder zur Gewinnung und Abführung von Brenn- und Werkholz nach seiner Hofstelle. Auch wenn er sich in T. hierzu eines dort wohnenden Waldarbeiters bedient, so handelt dieser doch nach den von der Hofstelle aus erlassenen Anordnungen. Das gilt auch für den Fall, daß gelegentlich im Wald Holz an Dritte verkauft wird. Die Entfernungen der hier in Frage kommenden Wälder von der Hofstelle sind so unbedeutend, daß hierdurch der Zusammenhang mit der Hofstelle, wenn er auch kein unmittelbar räumlicher ist, nicht aufgehoben wird. Schon der Umstand, daß das in den Waldungen gewonnene Holz bestimmungsgemäß großenteils auf der Hofstelle Verwendung findet, spricht für den wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Wald und Hof.

(ErbhGer. b. OLG. Stuttgart, Beschl. v. 16. Okt. 1934, E Nr. 186/34.) [S.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit

1. §§ 181, 880, 1630 Abs. 2, 1795, 1909 BGB. **Der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Grundstückseigentümers ist rechtlich nicht gehindert, am Grundstück des Minderjährigen eine Hypothek mit dem Vorrange vor einer dem gesetzlichen Vertreter selbst an dem Grundstück zustehenden Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) zu bestellen. Der Bestellung eines Pflegers für den minderjährigen Grundstückseigentümer bedarf es in diesem Falle nicht.**

Es handelt sich hier darum, daß eine neu einzutragende Hypothek entgegen der Regel des § 879 BGB. nicht den der Eintragungsfolge entsprechenden Nachrang nach den bereits eingetragenen Rechten, sondern den Vorrang vor der bereits für den BeschwF. eingetragenen Grundschuld Abt. III Nr. 1 erhalten soll. Daß der Rücktritt einer bereits bestehenden Hypothek oder Grundschuld hinter ein neu ein-

zutragendes Recht unter die Vorschrift des § 880 BGB. fällt, ist allgemein anerkannt (RG. 69, 326 [1]); KGJ. 34, A 240; 40, 243; Güthe-Triebel, GBO., 5. Aufl., § 46 Anm. 43). Die beantragte Rangeintragung setzt also sachlich-rechtlich — abgesehen von der Einigung der Eigentümer mit der Gläubigerin des neuen Rechts über die Bestellung der Hypothek — die Einigung des BeschwF. als Gläubiger der zurücktretenden Grundschuld mit P. als Gläubiger des neu einzutragenden Rechts und die Zustimmung der Eigentümer voraus. Verfahrensrechtlich genügt gem. § 19 GBO. die Bewilligung des Grundschuldgläubigers und der Eigentümer. § 181 BGB. verbietet mit den dort bezeichneten, hier nicht in Frage kommenden Ausnahmen das rechtsgeschäftliche Verhandeln eines Vertreters mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten. Ein gegen dieses Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft ist bis zur Genehmigung durch den Vertretenen unwirksam. Diese Vorschrift greift anerkanntermaßen auch bei einseitigen empfangsbedürftigen Erklärungen Platz, die der Vertreter sich selbst gegenüber abgibt. Streit herrscht jedoch darüber, ob in den Fällen, in denen eine Erklärung wirksam auch dem Vertragsgegner oder einer Behörde, insbes. dem GBA. gegenüber, abgegeben werden kann und abgegeben wird, § 181 BGB. der Wirksamkeit entgegensteht; der genannte Fall liegt hier vor, weil die maßgeblichen Erklärungen bzgl. des Rücktritts zwar in einer Urkunde erfolgt, jedoch durch Einreichung dieser Urkunde beim GBA. auch diesem gegenüber abgegeben sind. Während die Frage im Schrifttum und in der Rspr. überwiegend verneint wird (KGJ. 29, A 252; 39, A 237; RG. 76, 89 [2]); 103, 417; 108, 407 [3]); HöchstRRspr. 1931 Nr. 821a; 1934 Nr. 1053; Güthe-Triebel S. 2088 ff.; RGRKomm., 6. Aufl., Anm. 1; Planck, 4. Aufl., Anm. 1e; Staudinger, 9. Aufl., Anm. 5a zu § 181 BGB.; Enneccerus, 15. Aufl., § 168 III Anm. 12), hat das KG. in der Entsch. JFG. 2, 382 seinen bisherigen Standpunkt geändert und die Vorschrift des § 181 BGB. auch in den Fällen für anwendbar erklärt, in denen die in Rede stehende rechtsgeschäftliche Erklärung nicht gegenüber dem Vertreter selbst, sondern gegenüber dem anderen Vertragsteil oder dem GBA. abgegeben wird. Das RG., das in den vorangeführten Entsch. die Anwendbarkeit des § 181 BGB. grundsätzlich in solchen Fällen ablehnt, hat allerdings in RG. 143, 350 [4]) auf Grund des § 181 BGB. den gesetzlichen Vertreter für nicht ermächtigt erachtet, gem. § 2081 BGB. ein Testament namens des Vertretenen gegenüber dem Nachlaßgericht wirksam anzufechten, wenn die angefochtene Verfügung ihm unmittelbar zustatten kommt, dies jedoch lediglich aus der in Abs. 2 vorgeschriebenen Mitteilungspflicht des Nachlaßgerichts gefolgert, weil diese Vorschrift ersehen lasse, daß der eigentliche Erklärungsempfänger der durch die angefochtene Verfügung Begünstigte sei.

Die Anhänger der ersten Meinung wollen § 181 BGB. auf die Fälle beschränken, in denen der Vertreter die rechtsgeschäftliche Erklärung einerseits abgibt, andererseits entgegennimmt; diese Meinung hält die Frage des Interessenwiderstreits für belanglos, während der neue Standpunkt des KG. gerade mit den bei doppelseitiger Beteiligung des Vertreters an dem betreffenden Rechtsgeschäft regelmäßig verbundenen Interessengegensätzen begründet wird, die nach der Absicht des Gesetzes die Vertretungsmacht in den genannten Fällen überhaupt ausschließen sollen, deshalb den Vertreter auch rechtlich hindern, die ihm selbst gegenüber verbotenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen dem empfangsberechtigten Dritten oder dem GBA. gegenüber abzugeben. Der Senat ist jedoch, ohne die vorgekennzeichnete Stellungnahme grundsätzlich aufzugeben, der Ansicht, daß die in dieser Entsch. niedergelegten Grundsätze in Fällen wie dem vorliegenden zu einer über den Gesetzeszweck hinausgehenden, durch sachliche Bedürfnisse nicht gerechtfertigten unnötigen Erschwerung des Rechtsverkehrs führen und deshalb eine Überspannung des Grundsatzes bedeuten würde, die abzulehnen ist.

Die wesentliche Stütze der strengeren Auslegung des § 181 BGB. ist die vom Gesetz gewollte Verhütung einer Schädigung des Vertretenen bei einem Widerstreit seiner Interessen und derjenigen des Vertreters. Weil diese Gefahr bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst regelmäßig vorliegt, ist die Anwendbarkeit des § 181 BGB. in allen denjenigen Fällen, in denen der Vertreter die maßgeblichen Erklärungen tatsächlich sich selbst gegenüber abgibt und entgegennimmt, nicht von dem Nachweise abhängig, daß wirklich ein Interessenwiderstreit und eine Schädigungsgefahr für den Vertretenen vorliegt. Deshalb wird § 181 BGB. auch nicht durch die im Einzelfalle etwa feststehende Tatsache ausgeschaltet, daß das vom Vertreter sich selbst gegenüber vorgenommene Rechtsgeschäft für den Vertretenen nur Vorteile bringen kann (KG.: Warn. 1932 Nr. 200). Wenn jedoch § 181 BGB. über seinen Wortlaut — Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten — hinaus auch dann zur Anwendung kommen soll, wenn der Vertreter die in Frage kommenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen nach gesetzlicher Bestimmung auch dem Vertragsgegner oder einer Behörde gegenüber abgeben kann und tatsächlich abgibt, so handelt es sich dabei um eine Ausdehnung der Vorschrift über ihren eigentlichen Anwendungsbereich hinaus. Diese Ausdehnung darf aber nicht weitergehen, als der Grundgedanke der Vorschrift es rechtfertigt. Ist der Grundgedanke, wie die in RG. 68, 172 erörterte, auch in RG. 143, 354 [5]) und JFG. 2, 286 betonte Entstehungsgeschichte ergibt, die Beseitigung der aus einem Interessenwiderstreit für den Vertretenen sich ergebenden Gefahren, so läßt sich eine ausdehnende Anwendung der Vorschrift auf solche Fälle, in denen die Erklärung des Vertreters zulässigerweise nicht sich selbst, sondern einem anderen, insbes. dem GBA. gegenüber abgegeben wird, bei erkennbar nicht vorhandenem Interessenwiderstreit und nicht vorhandener Schädigungsgefahr nicht mehr mit dem Gesetzeszweck vereinbaren. So liegt aber die Sache regelmäßig, wenn wie hier der gesetzliche Vertreter für die minderjährigen Grundstückseigentümer die Eintragung einer neuen Hypothek mit dem Vorrang vor einer für ihn eingetragenen Hypothek oder Grundschuld bewilligt. Die Nachteile des Rangrücktritts treffen unmittelbar jedenfalls nur den Vertreter selbst, während für die minderjährigen Grundstückseigentümer, deren Interessenwahrung übrigens vom VormGer. geprüft wird, durch den Vorrang der neuen Hypothek vor dem Recht des Vertreters aus der bloßen Anwartschaft der minderjährigen Eigentümer auf die möglicherweise künftig für sie entstehende Eigentümergrundschuld irgendwelche Nachteile praktisch gar nicht in Erscheinung treten.

Daß der in vorstehendem eingenommene Standpunkt dem Sinne des Gesetzes nicht zuwiderläuft, ergibt auch folgende Erwägung: Hätte der gesetzliche Vertreter als Grundschuldgläubiger zunächst bei seiner Grundschuld gem. § 881 BGB. einen Rangvorbehalt zugunsten der minderjährigen Eigentümer eintragen lassen, wozu er allein in seiner Eigenschaft als Gläubiger des betroffenen Rechts ohne Zustimmung der durch Erlangung der Vorrangstelle lediglich gewinnenden Eigentümer in der Lage gewesen wäre (anders Güthe-Triebel § 46 Anm. 21 S. 1025, vgl. dagegen § 19 Anm. 38, 42, 44), so hätte er, ohne daß § 181 BGB. in Frage käme, diesen Rangvorbehalt später durch eine von ihm als Vertreter des minderjährigen Eigentümers mit dem Gläubiger des vorbehaltenen Rechts zu treffende Einigung verfahrensrechtlich durch bloße einseitige namens der Eigentümer zu erklärende Bewilligung ausüben können (Güthe-Triebel § 46 Anm. 24); er hätte also auf diesem rechtlich zulässigen Umwege im Ergebnis dasselbe erreichen können, was er mit den jetzt gestellten Anträgen auf Grund der einheitlichen Maßnahme der Bewilligung einer neuen Hypothek mit Vorrang vor seiner Grundschuld herbeiführen will. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, den Rechtserfolg, den der gesetzliche Vertreter auf dem Wege des § 881 BGB. ohne die Schranke des § 181 BGB. erreichen könnte, bei einem Vorgehen nach § 880 BGB. durch die Vorschrift des § 181 BGB. zu erschweren.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 11. Okt. 1934, 1 X 388/34.) [Sch.]

*

2. §§ 1630, 1643, 1750, 1751, 1795 Abs. 1 Ziff. 1, 1828 BGB.; § 43 RJugWohlfG.; §§ 27, 28 PrGemVerfG. v. 15. Dez. 1933 (PrGS. 427).

1. Der Rechtsgrund, daß vor Entscheidungen nach § 43 Abs. 1 S. 2 RJugWohlfG. „das Jugendamt" als solches zu hören ist, und daß die Anhörung eines einzelnen Beamten selbst dann nicht genügt, wenn er zur selbständigen Erledigung des Geschäfts allgemein ermächtigt ist (vgl. JFG. 8, 62 ff.), wird aufrechterhalten. Die Rechte und Pflichten der Jugendämter als Kollegialbehörden werden auch durch das GemVerfG. v. 15. Dez. 1933 nicht beeinflußt.

2. Dieser Rechtsgrundsatz rechtfertigt aber nicht die Schlußfolgerung, daß eine sachliche Entscheidung in den Angelegenheiten gemäß § 43 Abs. 1 S. 2 RJugWohlfG. abzulehnen, z. B. die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eines Kindesannahmevertrages zu versagen ist, falls der Landrat es abgelehnt hat, die Stellungnahme des Jugendamtskollegiums herbeizuführen, und die Anrufung des RegPräs. erfolglos geblieben ist. Im Rahmen des § 43 Abs. 1 S. 2 a. a. O. kann vielmehr nur verlangt werden, daß das Vormundschaftsgericht mit allen gesetzlich zulässigen Mitteln auf eine ordnungsgemäße Stellungnahme des Jugendamts als solchen hinwirkt. Nach Erschöpfung aller Mittel ist sachlich zu befinden.

3. Ein von dem Vater als „gesetzlicher Vertreter" seines Kindes aus erster Ehe mit seiner zweiten Ehefrau als Wahlmutter abgeschlossener Kindesannahmevertrag ist nichtig. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dieses Vertrages ist ohne weiteres, auch ohne Anhörung des Jugendamts, abzulehnen.

Der Vater zweier erstehelichen Kinder hat „als ihr gesetzlicher

[1]) JW. 1908, 694. [2]) JW. 1911, 544.
[3]) JW. 1925, 240. [4]) JW. 1934, 1044.
[5]) JW. 1934, 1044.

Vertreter" mit seiner zweiten Ehefrau einen gerichtlichen Kindesannahmevertrag geschlossen, inhalts dessen die Ehefrau beide Kinder an Kindes Statt annimmt. Das VormG. hat eine beglaubigte Abschrift dieser Verhandlung dem zuständigen KrJugA. gem. § 43 Abs. 1 RJugWohlfG. zur Stellungnahme übersandt. Auf die Äußerung des JugA., daß gegen die Kindesannahme keine Bedenken beständen, hat das AG. um Mitteilung ersucht, ob die Stellungnahme auf Grund eines Beschl. des JugA. als Kollegium erfolgt sei. Der Landrat hat hierauf verneinend geantwortet, indem er sich auf die vom Kreistag mit Genehmigung des RegPräs. festgestellte Satzung berufen hat, nach der er als Vorsitzender des JugA. die laufenden Geschäfte, zu denen auch die Stellungnahme zu einem Adoptivvertrage gehöre, zu führen habe und zur selbständigen Entsch. auch in Angelegenheiten ermächtigt sei, die satzungsgemäß dem JugA. vorbehalten seien, wenn es sich um eine dringliche Entsch. handele, während dem Jugendamtskollegium die Aufstellung von Grundsätzen und Richtlinien, ferner die Entsch. über alle Fragen grundsätzlicher Art obliege. Nachdem das VormG. nochmals unter Hinweis auf die Entsch. des KG.: JFG. 8, 62 ff. seinen Rechtsstandpunkt dargelegt hatte, der Landrat aber wiederum bei seiner Ablehnung „wegen einer verhältnismäßig unwichtigen Sache das Jugendamtskollegium zur Beschlußfassung einzuberufen" verblieben war, hat das AG. die Akten dem RegPräs. mit der Bitte vorgelegt, den Landrat anzuweisen, einen Beschl. des JugA. als Kollegium herbeizuführen. Der RegPräs. hat diesem Ersuchen nicht entsprochen, mit der Begr., daß er der Stellungnahme des Kreisausschusses, Abt. JugA., beitrete. Nunmehr hat das VormG. die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu dem Annahmevertrage versagt. Die gegen diesen Beschl. vom JugA. eingelegte Beschw. ist vom LG. zurückgewiesen worden. Die weitere Beschw. des KrJugA. hatte im Ergebnis keinen Erfolg.

Das LG. hat zunächst unter Hinweis auf den Beschl. des Sen. v. 27. März 1931 — 1a X 20192/31 — (JFG. 8, 62 ff.) ausgeführt, daß gem. § 43 Abs. 1 S. 2 RJugWohlfG. das JugA. als Kollegialbehörde gehört werden, sich also auch als solche äußern müsse. Diese Rechtsansicht wird zu Unrecht von der BeschwF. bekämpft. In dem genannten Beschl. ist mit eingehender Begr. dargelegt worden, daß die dem JugA. durch § 43 a. a. O. zugewiesene Aufgabe nicht übertragen werden kann, und daß die Anhörung (Äußerung) eines einzelnen Beamten des JugA., worunter auch der Vorsitzende zu verstehen ist, selbst dann nicht genügt, wenn der Beamte zur selbständigen Erledigung dieses Geschäfts allgemein ermächtigt ist. Diesen Standpunkt hat der Sen. auch in einer von ihm erforderten gutachtlichen Äußerung (1a Gen VII 1 31/6) ausdrücklich aufrechterhalten und seither in ständiger Rspr. vertreten. Der Sen. sieht sich nicht veranlaßt, hiervon abzugehen; stichhaltige Gründe gegen die zuvor wiedergegebene Rspr. sind auch von dem BeschwF. nicht angeführt worden, der im wesentlichen nur auf die praktischen Folgen der vom Sen. für richtig befundenen Auslegung des § 43 a. a. O. hinweist. Insoweit das Gesetz die Stellungnahme des JugA. als Kollegialbehörde verlangt, kann auch durch Satzungsbestimmungen daran nichts geändert werden, was von dem BeschwF. übersehen wird. Da die der Rechtsauffassung des Beschl. JFG. 8, 62 ff. zugrunde liegenden gesetzlichen Best. keine Änderung erfahren haben, im Gebiet des RJugWohlfG. namentlich auch das sog. „Führerprinzip" bisher keinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, bietet auch die nationalsozialistische Neuordnung des Staates keinen Anlaß, von der bisherigen Auslegung des § 43 a. a. O. abzugehen. Dies gilt auch für die Gemeinden, deren Verfassung jetzt durch das „GemVerfG." v. 15. Dez. 1933 (PrGS. 427) geregelt ist, und in denen das „Führerprinzip" weitestgehend gesetzliche Anerkennung gefunden hat. So bestimmt § 27 Abs. 2 VerfG., daß der Leiter der Gemeinde die Verwaltung derselben führt und sie nach außen vertritt, daß er auch alle Entsch. in voller und ausschließlicher Verantwortung trifft. Weiter bestimmt § 28 des Ges., daß dem Leiter der Gemeinde die Verwaltung der Angelegenheiten obliegt, die der Gemeinde durch Gesetz oder VO. zur Ausführung nach Anweisung übertragen sind, soweit hierfür nicht gesetzlich eine andere Stelle bestimmt ist. Als eine solche „andere Stelle" bezeichnen v. Lympius-Küchenhoff (Anm. 3 zu § 28 GemVerfG.) das JugA., ersichtlich deshalb, weil sie die Aufgaben nach dem JugWohlfG. zu den sog. „Auftragsangelegenheiten" rechnen (Anm. 2 zu § 10 a. a. O.). Demgegenüber hat der Sen. angenommen, daß die Aufgaben der JugA. „Selbstverwaltungsangelegenheiten" der Gemeinden und Gemeindeverbände darstellen, daß Tätigkeit und Organisation sich im Rahmen der GemVerfG. zu bewegen haben, und daß für die Verwaltung der Vorstand der Selbstverwaltungskörper verantwortlich ist (JFG. 3, 36). Auf der anderen Seite hat der Sen. indessen betont, daß unter Berücksichtigung der Vorschr. des RJugWohlfG. und des PrAG. hierzu die JugA. selbständige Funktionen haben, die durch Reichs- und Landesgesetze besonders geregelt sind, daß sie also kraft Gesetzes unmittelbare selbständige Träger von Rechten und Pflichten nach Art einer Behörde sind und deshalb auch weitergehende Rechte als die früheren städtischen Deputationen haben (a. a. O.). Diese Rechte und Pflichten der JugA. als Kollegialbehörden können dadurch, daß die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten durch das GemVerfG. grundsätzlich dem Leiter der Gemeinde übertragen ist, nicht beeinflußt werden, so daß im Ergebnis der von v. Lympius-Küchenhoff vertretenen Auffassung beizutreten ist. Für diese Auffassung spricht auch die Erwägung, daß es nicht verständlich wäre, wenn nunmehr die Aufgaben des JugA. in den Gemeinden allein durch den Leiter der Gemeinde wahrgenommen werden könnten, während in den Landkreisen, da sich dort an der gesetzlichen Regelung nichts geändert hat, das JugA. in seiner bisherigen Zusammensetzung als Kollegialbehörde zu entscheiden hätte, obschon die gesetzlichen Best. für Stadt- und Landkreise eine einheitliche Regelung getroffen hatten.

Inwieweit etwa bei dringlichen, unter § 43 Abs. 1 S. 2 RJugWohlfG. fallenden Angelegenheiten der Vorsitzende des JugA. allein zu handeln befugt wäre, kann unerörtert bleiben, da bei solchen Angelegenheiten („Gefahr im Verzuge") die vorherige Anhörung des JugA. vom Gesetz gar nicht vorgeschrieben ist, es sich im übrigen vorliegend keinesfalls um eine dringliche Angelegenheit handelt.

Es ist hiernach rechtlich nicht zu beanstanden, daß die Vorinstanzen die Äußerung des KrJugA. als Kollegialbehörde gem. § 43 a. a. O. für erforderlich gehalten haben. Rechtsirrig ist indessen die Schlußfolgerung, die sie aus der vom RegPräs. gebilligten Ablehnung des Landrats, die Stellungnahme des Kollegiums herbeizuführen, gezogen haben, indem sie nämlich mangels ordnungsgemäßer Äußerung des JugA. geglaubt haben, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gem. § 1750 Abs. 1 BGB. versagen zu müssen. Hierbei haben sie nicht beachtet, daß auch die Versagung der Genehmigung eine Entsch. darstellt, die eben gem. § 43 Abs. 1 S. 2 RJugWohlfG. erst nach vorheriger (ordnungsgemäßer) Anhörung ergehen könnte. Die Auslegung dieser Gesetzesbestimmung im Sinne der Rspr. des Sen. kann vielmehr nur dahin führen, daß das VormG. bzw. das an seine Stelle zufolge Beschwerdeeinlegung getretene BeschwG bei der sachlichen Erörterung lediglich auf eine dem Gesetze entsprechende Äußerung des JugA. als Kollegialbehörde hinzuwirken hat, notfalls durch Anrufung der dem JugA. übergeordneten Instanzen. Nach Erschöpfung des Instanzenzuges muß aber über die betreffende Angelegenheit auf alle Fälle sachlich entschieden werden, da sonst eine widersprechende Auslegung des § 43 a. a. O. durch Gerichts- und Verwaltungsbehörden zum Nachteil der beteiligten Kinder ausschlagen würde, deren Interessenwahrung die Best. des § 43 gerade dienen soll. Die Unrichtigkeit der von den Vorinstanzen gezogenen Schlußfolgerung zeigt sich namentlich auch in Fällen, in denen eine aus § 1635 Abs. 1 S. 2 oder § 1666 BGB. zu treffende Maßnahme zur Erörterung steht, die nach der von den Vorinstanzen vertretenen Ansicht mangels ordnungsgemäßer Äußerung des JugA. also auch nicht ergehen könnte. Es kann im Rahmen des § 43, wie schon zuvor gesagt, immer nur verlangt werden, daß seitens des Gerichts mit den gesetzlich zulässigen Mitteln auf eine im Sinne der oben entwickelten Rspr. gesetzmäßige Stellungnahme des Kollegiums hingewirkt wird (vgl. auch BayObLG.: JFG. 8, 67).

Diese Rechtsverletzung des LG. kann jedoch nicht zu einer Aufhebung des angef. Beschl. und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz führen, da die Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sich im Ergebnis aus anderen Gründen als rechtsbedenkenfrei darstellt.

Der Kindesannahmevertrag ist vorliegend von dem Vater der beiden minderjährigen Kinder und seiner jetzigen Ehefrau geschlossen, und zwar von dem Vater in seiner Eigenschaft als „gesetzlicher Vertreter" der beiden ersteheIichen Kinder. Dieser Vertrag stellt ein Rechtsgeschäft dar, das unter § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. i. Verb. mit § 1630 Abs. 2 BGB. fällt. Für ein solches Rechtsgeschäft ist der Vater kraft Gesetzes von der Vertretung der Kinder ausgeschlossen. In diesem Sinne heißt es auch bei Opet (Verwandtschaftsrecht S. 189 Anm. 30), daß die Vertretungsmacht des Vaters zessiert bei einem zwischen der Frau des Vaters als Wahlmutter und dem gewaltunterworfenen Kinde als Wahlkind geschlossenen Annahmevertrag, und daß die Zustimmung des Vaters in diesem Falle auch nicht die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Kindes ersetzen würde. Ein Widerspruch gegen diese, sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebende Rechtsauffassung ist in Schrifttum und Rspr., soweit ersichtlich, nicht hervorgetreten (vgl. auch den Hinweis bei Staudinger-Keidel — IX. — Anm. 5 zu § 1752 BGB. auf §§ 181, 1795, 1909 BGB. für den Fall der Adoption des Mündels durch den Vormund und auf die Notwendigkeit der Pflegerbestellung). Da gem. § 1750 Abs. 1 S. 1 BGB. eine Vertretung (ohne Vertretungsmacht) bei Abschluß eines Adoptionsvertrages ausgeschlossen ist, ist der zur Genehmigung vorl. Vertrag (unheilbar) nichtig (Staudinger-Keidel — IX. — Anm. 4 zu § 1750 BGB.). Zudem könnte gem. §§ 1828, 1643, 1915 BGB. die Genehmigung wirksam auch nur gegenüber dem „gesetzlichen Vertreter" erteilt werden, aber nicht gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht (ebenso 1a X 1455/34). Zu diesem Vertrage ist mithin die Genehmigung im Ergebnis mit Recht versagt worden,

ohne daß es auf sachliche Erwägungen mit Bezug auf die Interessenlage der Kinder ankam, so daß hier auch die vorherige (ordnungsgemäße) Anhörung des JugA. entbehrt werden konnte.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 7. Dez. 1934, 1a X 1398/34.)

Ber. von KGR. Heydtmann, Berlin.

Oberlandesgerichte

Zivilsachen

Berlin

1. § 58 RAGebO.; § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Nur dann keine Erstattungsfähigkeit der Mehrkosten, die durch Mahnverfahren entstanden sind, wenn Gläubiger mit Widerspruch und Verweisung an LG. rechnen mußte.

Die Festsetzung einer doppelten Prozeßgebühr, nämlich einmal für RA. H. in Bu. und ferner für RA. Z. in Be. ist nicht zu beanstanden. Der Senat hat in seiner grundsätzlichen Entsch. — 20 W 4723/29 — v. 2. Juli 1929 (bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung, 1934, Nr. 160) bereits ausgesprochen, daß im Mahnverfahren der Gläubiger jeden Anwalt seines Vertrauens ohne Rücksicht auf dessen Wohnsitz mit der Erwirkung des Zahlungsbefehls beauftragen darf, und daß er dabei regelmäßig weder mit der Erhebung des Widerspruchs noch mit einem Antrage auf Verweisung an das LG. von vornherein zu rechnen braucht. Eine abweichende Beurteilung hat der Senat nur in denjenigen Fällen gestattet, in denen nach Lage der Sache mit Sicherheit oder doch hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, daß eine Erledigung vor dem AG. und insbes. im Mahnverfahren sich nicht werde erreichen lassen. Die Beschw. meint, daß diese Voraussetzungen hier gegeben seien. Mit Recht hat jedoch bereits das LG. diese Auffassung vor allem deshalb abgelehnt, weil die Bekl. in dem auf Grund ihres Widerspruchs eingeleiteten Verfahren vor dem LG. sich dann doch durch — inzwischen rechtskräftig gewordenes — Versäumnisurteil hat verurteilen lassen. Mag selbst, worauf die Beschw. hinweist, die Bekl. zunächst noch keineswegs die Absicht gehabt haben, sich dem Anspruch der Kl. zu fügen und einen Prozeß nicht durchzuführen, so durfte andererseits die Kl. bei vernünftiger Prüfung des von ihr am zweckmäßigsten einzuschlagenden Verfahrens damit rechnen, daß der Bekl. diejenige Erkenntnis über die Aussichtslosigkeit ihres Bestreitens der Kl. gegenüber, die ausweislich der Beschwerdeschrift ihr erst durch Belehrung durch ihren Anwalt geworden ist, auch ohnedem schon vor Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl kommen werde.

Mithin liegt ein Fall notwendigen Anwaltswechsels vor, so daß die dadurch entstandenen Mehrkosten der Bekl. zur Last fallen (§ 91 Abs. 2 S. 2 ZPO.).

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 20. Febr. 1935, 20 W 1099/35.)

*

2. § 9 DGKG.; § 3 ZPO. Die Partei ist an ihre Streitwertangabe grundsätzlich bis zum Nachweis des Gegenteils gebunden.

Der Antragsteller hat gegen den Antragsgegner eine EinstwVfg. erwirkt, beantragt, den Streitwert für das Verfahren auf 2000 *RM* festzusetzen, und, nachdem das Gericht durch den angef. Beschl. den Streitwert auf 2000 *RM* festgesetzt hatte, auf Grund der in der EinstwVfg. enthaltenen Kostenentsch. die Kostenfestsetzung gegen den Antragsgegner nach einem Objekt von 2000 *RM* betrieben. Nachdem dann im Widerspruchsverfahren die EinstwVfg. auf Kosten des Antragstellers aufgehoben worden ist und nunmehr der Antragsgegner gegen den Antragsteller die Kostenfestsetzung nach dem festgesetzten Streitwert von 2000 *RM* betrieben hat, hat jetzt der Antragsteller gegen den Streitwertbeschluß Beschw. eingelegt mit dem Antrag, den Streitwert auf 1200 *RM* herabzusetzen, und zur Begr. geltend gemacht, seine ursprüngliche Angabe beruhe auf einem Versehen, ein Streitwert von 2000 *RM* könne nur für die Hauptsache in Frage kommen, für die EinstwVfg. sei ein Streitwert von 1200 *RM* angemessen.

Diese Beschwerde ist unbegründet: Der Streitwert der vorliegenden EinstwVerf. ist gemäß § 9 DGKG., § 3 ZPO. nach freiem Ermessen zu schätzen. Maßgebend hierfür ist in erster Linie das Interesse, das der Antragsteller an seinem Obsiegen hatte. Dies Interesse hat der Antragsteller selbst auf 2000 *RM* angegeben. An diese Wertangabe muß der Antragsteller grundsätzlich bis zum Nachweis des Gegenteils als gebunden angesehen werden. Zu diesem Nachweis reichen jedoch die allgemeinen Angaben der Beschwerdebegründung in keiner Weise aus. Nun ist zwar das Gericht bei der Streitwertfestsetzung an die Angaben der Parteien nicht gebunden. Aber auch aus den Akten ergibt sich nicht etwa, daß das Interesse des Antragstellers mit 2000 *RM* offenbar zu hoch bewertet ist. Hiernach bestand für das LG. keine Veranlassung, den Streitwert abweichend von der Angabe des Antragstellers festzusetzen. Die Beschwerde unterlag daher der Zurückweisung.

(KG., Beschl. v. 4. Jan. 1935, 14 W 8923/34.)

Ber. von KGR. Friedrich Müller, Berlin.

*

Düsseldorf

3. § 91 ZPO.; § 13 Ziff. 4 RAGebO. Wahrnehmung des von einem Sachverständigen abgehaltenen Besichtigungstermins.

1. Der von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen abgehaltene Besichtigungstermin ist als Beweistermin i. S. des § 13 Ziff. 4 RAGebO. anzusehen (a. A. RG. 51, 11).

2. Die Kosten eines auswärtigen Anwalts, der zur Wahrnehmung des von einem Sachverständigen abgehaltenen auswärtigen Besichtigungstermins bestellt ist, sind in gleicher Weise erstattungsfähig wie die Kosten eines zur Wahrnehmung eines auswärtigen richterlichen Beweistermins bestellten Anwalts.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 17. Jan. 1935, 1 W 16a/35.)

*

4. §§ 515, 567 ff. ZPO. Wird eine gemäß §§ 567 ff. ZPO. eingelegte Beschwerde zurückgenommen, so sind in entsprechender Anwendung des § 515 ZPO. dem Beschwerdeführer die außergerichtlichen Kosten des Gegners auf dessen Antrag durch Beschluß aufzuerlegen.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 17. Jan. 1935, 1 W 128a/34.)

*

5. § 88 GKG. In einem vom Testamentsvollstrecker geführten Rechtsstreit sind auch die Erben nach § 88 GKG. Kostenschuldner.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 30. Jan. 1935, 1 W 27/35.)

*

Jena

6. Ein Ehegatte, der aus religiösen Gründen Arbeitsgelegenheit abschlägt und dadurch den Unterhalt seiner Familie gefährdet, macht sich einer schweren Eheverfehlung schuldig.

Der tiefere Grund dafür, daß die anfangs glückliche und harmonische Ehe der Parteien zerrüttet ist, liegt darin, daß der Mann im Febr. 1932 seine gute Stellung bei der Firma G. in J., die der Familie ein Auskommen gewährte, verlor und in der Folgezeit keine neue Dauerstellung fand. Dadurch gerieten die Parteien in wirtschaftliche Schwierigkeiten; sie waren zum größten Teil auf die Arbeitslosenunterstützung des Mannes angewiesen. Hin und wieder bekam der Mann zwar Arbeit zugewiesen, die aber immer nur von kurzer Dauer war; entweder handelte es sich um Aushilfsbeschäftigung, oder die Arbeitgeber beschäftigten den Mann nicht weiter, weil er es als Anhänger einer strengen adventistischen Sekte ablehnte, am Freitagnachmittag und am Sonnabend zu arbeiten. So kam es, daß die Familie zeitweise Not litt. Vorübergehend arbeitete der Mann auch selbständig, sein Verdienst war jedoch auch da unzureichend und wechselnd. Die Frau bemühte sich wiederholt darum, dem Mann Arbeitsmöglichkeiten zu verschaffen. In eine feste Stellung kam er aber nicht wieder hinein, eben weil er am Freitagnachmittag und am Sonnabend jede Arbeit verweigerte. Somit steht fest, daß der Mann wegen seiner strengen adventistischen Einstellung seine auskömmliche Dauerstellung verloren und keine neue gefunden hat und daß dadurch die Familie in wirtschaftliche Schwierigkeiten, ja sogar in Not geraten ist. Die Frau hat, obwohl selbst Adventistin, die strenge Einstellung des Mannes nicht gebilligt; ihre Erwartung, daß der Mann von seiner starren, fanatischen Einstellung abgehen und eine Stelle annehmen werde, auch wenn er am Freitag oder Sonnabend arbeiten müsse, war und ist vergebens. Wie der Mann in der mündlichen Verhandlung auf eindringlichen Vorhalt bestimmt erklärt hat, lehnt er es auch in Zukunft ab, am Freitagnachmittag und am Sonnabend zu arbeiten. Bei dem gegenwärtigen Überangebot von Arbeitskräften im allgemeinen und besonders im Schneidergewerbe bedeutet das, daß der Mann auch in absehbarer Zeit keine Dauerstellung finden wird, da die Arbeitgeber bei der Einstellung Arbeitskräfte bevorzugen werden, die regelmäßig und an jedem Wochentag voll arbeiten.

Das hartnäckige Festhalten des Mannes an seiner strengen adventistischen Auffassung, ohne Rücksicht auf das Wohl und Wehe der Familie, ist eine schwere Eheverfehlung. Der Mann ist nach Gesetz und Moral verpflichtet, für den Unterhalt der

Familie nach seinen besten Kräften zu sorgen. Das tut er nicht, wenn er so grundsätzlich jede Stellung ablehnt, in der ihm nicht gestattet wird, am Freitagnachmittag und am Sonnabend zu feiern, und dadurch erreicht, daß er einfach keine Beschäftigung bekommt, durch die er seine Familie ausreichend unterhalten kann. Auf sein Angebot, die am Freitagnachmittag und Sonnabend versäumten Arbeitsstunden an anderen Tagen nachzuarbeiten, wird sich kein Arbeitgeber einlassen. Religiöse Bedenken entschuldigen das Verhalten des Mannes nicht. Auch als strenggläubiger Adventist muß er sich wie jeder andere Angehörige einer Religionsgemeinschaft den Notwendigkeiten des Lebens anpassen und für ausreichenden Unterhalt seiner Familie sorgen. Das kann er, ohne seinen Gewissensbedenken Gewalt anzutun. Verschließt er sich dieser Einsicht, so handelt er schuldhaft und verletzt gröblich seine Pflicht als Ehemann, die Familie zu unterhalten. In diesem Hinwegsehen über seine eheliche Unterhaltspflicht, nicht etwa in dem Bekenntnis des Mannes zum adventistischen Glauben sieht der Senat die schwere Eheverfehlung.

(OLG. Jena, 1. ZivSen., Urt. v. 2. Okt. 1934, 1 N 529/34.)

Ber. von OLGR. Dr. **Rittweger**, Jena.

*

Kiel

7. § 823 Abs. 1 BGB.; §§ 183 ff. II 11 ALR. **Die Kirchenbehörden haben kein Recht, nur ihren Angestellten die erstmalige Neuanlage, Bearbeitung und Bepflanzung von Gräbern vorzubehalten und gewerbetreibende Gärtner davon auszuschließen. Der Rechtsweg für eine Unterlassungsklage der Gärtner ist gegeben.**

Die Antragsteller üben in A. das Gewerbe als Gärtner aus. Ihre Gewerbebetriebe und Verkaufsstellen befinden sich in der Nähe der Friedhöfe am Diebsteich und am Bornkamp, die dem Antragsgegner, Kirchengemeindeverband in A., gehören. Ein Teil ihrer Berufsausübung besteht in der Ausführung gärtnerischer Aufträge von Grabstelleninhabern auf diesen Friedhöfen. Der Betrieb der Antragsteller Gebrüder C., der von deren Vater gegründet ist, besteht seit dem Jahre 1887, der des Antragstellers K. seit dem Jahre 1883. Der Antragsteller K. selbst hat diesen seinen Betrieb i. J. 1931 erworben, nachdem er bereits seit dem Jahre 1924 auf Grund von Aufträgen, die in der Verkaufsstelle dieses Betriebes für ihn entgegengenommen wurden, gärtnerische Arbeiten auf den genannten Friedhöfen ausgeführt hatte. Der Antragsteller Sch. hat seinen Betrieb i. J. 1924 begonnen.

Zur gärtnerischen Neuanlage und Pflege, gegebenenfalls auch zur Umgestaltung und Erneuerung von Gräbern bedurften die Antragsteller bisher nur einer schriftlichen Zulassungsbescheinigung der Friedhofsverwaltung. Eine Gebühr wurde hierfür nicht erhoben. Vor Ausführung der einzelnen Arbeiten hatten die Antragsteller der Friedhofsverwaltung nur eine von ihrem Auftraggeber unterzeichnete Auftragsbescheinigung vorzulegen und wurden im übrigen in ihrer Tätigkeit nicht behindert. Seit Anfang April 1934 untersagt der Antragsgegner den Antragstellern die erstmalige Neuanlage, Bearbeitung und Bepflanzung von Gräbern. Er beruft sich hierbei auf § 34 Abs. 2 der am 1. April 1934 wirksam gewordenen „Friedhofsordnung für die kirchlichen Friedhöfe in der Evangelisch-Lutherischen Probstei A.". Nach § 1 dieser Friedhofsordnung gehören — was unstreitig ist — zum Verwaltungsbereich der Probstei A. auch die hier in Betracht kommenden Friedhöfe. Auf diesen hat der Antragsgegner Tafeln aufgestellt, deren Aufschrift lautet:

„Die erste Instandsetzung von Gräbern wird ausschließlich von der Friedhofsverwaltung vorgenommen. Gebührenordnung liegt zur Einsichtnahme im Büro aus. Aufträge von Instandsetzung, Instandhaltung und Bepflanzung von Gräbern werden im Büro entgegengenommen."

Ferner läßt die Friedhofsverwaltung seit dem 1. April 1934 jedem, der einen neuen Sterbefall und eine Beerdigung auf einem der beiden Friedhöfe anmeldet, eine „Grabausweiskarte" für die betreffende Grabstätte aushändigen; diese Karte enthält auf der Rückseite unter der Überschrift „Zur Beachtung" u. a. folgenden gedruckten Hinweis: „Die erstmalige Anlegung, Bearbeitung und Bepflanzung der Grabstätte ist, soweit gärtnerische Arbeit in Frage kommt, ausschließlich durch die Friedhofsverwaltung nach voraufgegangener Vereinbarung ausführen zu lassen. Die weitere Pflege und Bepflanzung der Grabstätten kann von den Angehörigen selbst sowie durch die Friedhofsverwaltung und durch Gärtner, die zur Ausführung von Grabanlagen auf den Friedhöfen zugelassen sind, ausgeführt werden." Auf die Neuregelung durch die genannte gemeinsame Friedhofsordnung ist in den Tageszeitungen hingewiesen worden. Ihr Wortlaut hängt in den Geschäftsräumen der Friedhofsverwaltung zur Einsichtnahme aus. Der Antragsgegner fordert jetzt von den Antragstellern für sie selbst und jeden ihrer Gehilfen eine Zulassungsgebühr von je 25 RM jährlich.

Die Antragsteller haben u. a. ausgeführt, das Verhalten des Antragsgegners stelle einen unzulässigen Eingriff in den Bestand ihrer Gewerbebetriebe dar. Sie haben beantragt, im Wege der EinstwVfg. dem Antragsgegner zu untersagen, die Antragsteller bis zur rechtskräftigen Entsch. des Hauptprozesses daran zu hindern, auf den fraglichen Friedhöfen gärtnerische Neuanlagen von Gräbern im Auftrage von Privatpersonen vorzunehmen; ferner ihm zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Entsch. des Hauptprozesses, Privatpersonen, die gärtnerische Neuanlagen von Gräbern auf den genannten Friedhöfen vornehmen wollen, bekanntzugeben, daß die Neuanlage nur durch die Friedhofsverwaltung zulässig sei, und schließlich dem Antragsgegner aufzugeben, für die Dauer des Hauptprozesses die auf den Friedhöfen befindlichen Tafelaufschriften zu entfernen, in denen der Friedhofsausschuß bekanntgibt, daß die erste Instandsetzung von Gräbern ausschließlich von der Friedhofsverwaltung vorgenommen wird. — Das OLG. hat eine entsprechende EinstwVfg. erlassen.

I. Für die von den Antragstellern erhobenen Ansprüche ist der **Rechtsweg** zulässig, da es sich hier um eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" i. S. des § 13 GVG. handelt. Die Ansprüche auf ein Unterlassen oder ein Handeln des Antragsgegners, welche die Antragsteller durch die beantragte EinstwVfg. gesichert sehen wollen, sind privatrechtlicher Natur. Sie stützen sich u. a. auf § 823 Abs. 1 BGB. mit der Behauptung, daß der Antragsgegner fortgesetzt durch die beanstandeten Maßnahmen rechtswidrig in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreife und diesen dadurch schädige. Gegenüber einer Körperschaft des öffentlichen Rechts genügt diese Begr. für die Zulässigkeit des Rechtsweges jedenfalls dann, wenn die beanstandete Maßnahme der öffentlichen Hand einen Akt fiskalischer Vermögensverwaltung darstellt oder wenn sie sonst auf einem Lebensgebiet verwirklicht ist, auf dem die Körperschaft dem Betroffenen nicht als Obrigkeit, sondern als Träger privatrechtlicher Pflichten und Rechte, also als gleichgeordnet, gegenübersteht. Hierbei kann die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht willkürlich dadurch begründet werden, daß der Kl. seinen Anspruch durch Bezugnahme auf Vorschr. des bürgerlichen Rechts zu stützen sucht (RG. 144, 285 [289] und oft); umgekehrt aber kann der ordentliche Rechtsweg auch nicht dadurch entzogen werden, daß sich die öffentliche Körperschaft dort, wo sie ihrem Mitgliede auf dem Boden des Privatrechts gegenübersteht, für schädigende Maßnahmen auf ein obrigkeitliches Verordnungsrecht beruft, mindestens dann nicht, wenn es ihr in diesem Rechtsstreit nicht zusteht.

Ob die von den Antragstellern verfolgten Ansprüche nach diesen Merkmalen privatrechtliche sind oder ob sie — unzulässigerweise — vom ordentlichen Gericht verlangen, es solle dem Antragsgegner die Vornahme obrigkeitlicher Handlungen verbieten, hängt entscheidend von der Rechtsnatur der Beziehungen des Antragsgegners zu den **Grabstelleninhabern** ab, in deren Auftrag die Antragsteller unstreitig in jedem Falle nur tätig werden wollen. So hat das RG. den Rechtsweg für ähnliche Ansprüche von Handelsgärtnern gegen eine **Stadtgemeinde** für unzulässig erklärt, weil die **Grabstelleninhaber** selbst die Frage, ob sie die Ausschmückung auch durch private Handelsgärtner vornehmen lassen dürfen, nach §§ 18 und 34 PrZustG. v. 1. Aug. 1883 **nicht** vor den ordentlichen Gerichten zum Austrag bringen können (RG. 144, 285).

Durch Art. 133 EGBGB. sind „die landesgesetzlichen Vorschr. über das Recht zur Benutzung eines Platzes in einem dem öffentlichen Gottesdienst gewidmeten Gebäude oder auf einer öffentlichen Begräbnisstätte" aufrechterhalten. Für Preußen gilt demgemäß, verschieden nach den einzelnen Gebietsteilen, das ALR., daneben gemeines und rheinisches (französisches) Recht. Der Zweck, die Einheit des Rechts nach Möglichkeit zu wahren, rechtfertigt es, die landesrechtlichen Vorschr. und die aus ihnen ersichtlichen Rechtsgrundsätze entsprechend auch in den Geltungsgebieten des gemeinen und rheinischen Rechts anzuwenden, soweit dort keine Sonderbestimmungen bestehen. Für Schleswig-Holstein gilt gemeines Recht, das jedoch Sonderbestimmungen der hier fraglichen Art für Schleswig-Holstein nicht enthält (vgl. **Brunner**, Friedhofs- und Bestattungsrecht 1927 S. 88, 152; **Dornseiff**: Fischers Ztschr. 65, 158; **Kähler**, Das Schleswig-Holsteinische Landesrecht, 2. Aufl., § 13 S. 119). Für den hier zur Entsch. stehenden Fall ist somit das ALR. maßgebend. Aus §§ 183 ff. II 11 ALR. hat das RG. in ständiger Rspr. einen privatrechtlichen Anspruch gegen die Kirchengemeinde auf Gewährung eines anständigen Begräbnisplatzes und auch die Haftung der Kirchengemeinde für die dem Gesetz nicht entsprechenden Anordnungen des Vorsitzenden der Friedhofskommission hergeleitet und für solche Ansprüche in Übereinstimmung mit dem preußischen Gerichtshof zur Entsch. von Kompetenzkonflikten den Rechtsweg zugelassen (RG. 12, 280; Gruchot 46, 1134; RG. 106, 188; vgl. auch RG. 71, 20[1]) und DJZ. 1907, 244). Diese Rechtsauffassung stützt sich u. a. auf § 761 II 11 ALR., wonach die Unterhaltung der Begräbnisplätze, als gemeine Last, allen obliegt, „die an dem Kirchhofe teilzunehmen berechtigt sind (§§ 183 ff.)", und

[1]) JW. 1909, 328.

leitet hieraus ein — zu einem wesentlichen Teile vermögensrechtliches — privates Mitgliedsrecht des Gemeindeangehörigen auf die Benutzung des Friedhofs zu seinem durch die öffentliche Widmung erkennbar gemachten Zwecke her, das dem einzelnen, wenigstens in erster Linie, zur Befriedigung eines individuellen Bedürfnisses gewährt ist (RG. 12, 282—283). Da die §§ 18, 34 ZustG. nur für politische Gemeinden gelten, ist es für kirchliche Gemeinden und Gemeindeverbände bei diesem Rechtszustande geblieben. Die schon erwähnte Entsch. des RG. 144, 285 ff. = JW. 1934, 1966 gibt daher keinen Anlaß, die Zulässigkeit des Rechtsweges hier zu verneinen. Seine Zulässigkeit für die Verfolgung des Anspruchs der Grabstelleninhaber gegen die kirchliche Körperschaft als die Eigentümerin des Friedhofs auf die unbehinderte gärtnerische Anlegung und Ausschmükkung ihrer Gräber durch ihre Beauftragten, auch wenn diese freie Gärtner sind, ergibt sich vielmehr daraus, daß es sich auch hierbei um einen Streit über den Inhalt und Umfang jenes privaten Nutzungsrechtes handelt. Dann aber kann der Antragsgegner auch den Gärtnern, die solche Aufträge erhalten haben und ausführen wollen, nicht entgegenhalten, daß es sich hier um öffentlich-rechtliche Beziehungen handle.

II. Für die Frage, ob die Antragsteller die beantragten Anordnungen im Wege der EinstwVfg. verlangen können, kommt es sowohl nach § 935 als auch nach § 940 darauf an, ob die Antragsteller vom Antragsgegner verlangen können, daß er von dem beanstandeten Verbot und von seiner Bek. absieht. Das streitige „Rechtsverhältnis" im Sinne der letzteren Vorschrift wäre dann der von der Rspr. anerkannte dauernde Anspruch des Gewerbebetriebsinhabers, daß sich jeder Dritte unbefugter Eingriffe in den Bestand des Betriebes enthalte (vgl. Stein-Jonas II, 1 zu § 256 ZPO.; II zu § 940 ZPO.). Steht den Antragstellern jener Unterlassungsanspruch zu, so drohen ihnen, wie sich aus ihrer eidesstattlichen Versicherung ergibt, durch die beabsichtigte weitere Durchführung des Verbots wesentliche Nachteile (§ 940 ZPO.); zugleich ist zu besorgen, daß bis zum Ende des Hauptprozesses die Verwirklichung des Unterlassungsanspruchs vereitelt werde (§ 935 ZPO.). Dabei ist es unerheblich, einen wie großen Teil ihrer gewerblichen Tätigkeit die ihnen so entgehenden Aufträge ausmachen würden; denn die Besorgnis der Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Antragstellers wird weder für die Anwendung des § 935 noch für die des § 940 ZPO. vom Gesetze gefordert.

Der Unterlassungsanspruch ist begründet, wenn das Verhalten des Antragsgegners den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB. erfüllt und Wiederholungsgefahr besteht (vgl. RGRKomm. Bem. 6 II vor § 823 BGB.).

Mit der ständigen Rspr. des RG. ist der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 anzuerkennen (vgl. RGRKomm. Bem. 9 zu § 823 BGB.; RG. 135, 242, 247[2])). Allerdings ist die bloße Aussicht auf Erwerb und auf Gewinnung von Kundschaft nicht mit dem Gewerbebetrieb gleichbedeutend, und eine Minderung nur des Ertrages des Gewerbebetriebes stellt keine Verletzung des Rechtes selbst dar (vgl. a. a. O.). Die Antragsteller werden hier aber durch die Handlungen, deren Unterlassung sie von dem Antragsgegner verlangen, tatsächlich auch an der Ausübung eines Teils ihres Gewerbebetriebes, nämlich der Gärtnerei auf den Friedhöfen, verhindert. Der Antragsgegner verlangt die Einschränkung des Gewerbebetriebes in räumlicher Hinsicht. Sein Eingriff richtet sich somit unmittelbar gegen ihren Bestand.

Rechtswidrig ist dieser Eingriff, wenn dem Antragsgegner hierfür keine Befugnis zur Seite steht (vgl. JW. 1926, 364). Der Antragsgegner kann nun eine solche Befugnis weder aus seinem Eigentum an den Friedhöfen noch aus seinem kirchlichen Verordnungsrecht noch aus der Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts herleiten.

1. Die Befugnisse des Antragsgegners als Eigentümers sind beschränkt durch die Tatsache, daß die Friedhöfe öffentlichen Zwecken gewidmet sind. Öffentlicher Zweck eines Friedhofs ist es, als dauernde Ruhestätte der Toten zu dienen und den Angehörigen die ungestörte Möglichkeit zu bieten, daß sie an dieser Ruhestätte das Andenken der Toten pflegen (vgl. das Urt. des RG. v. 20. Jan. 1934; s. Ztschr. f. Rechtspflege in Bayern 1923, 66). Wieweit zur Erreichung dieser Zwecke eine Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers gegenüber den Grabstelleninhabern erforderlich ist, bestimmt sich nach Religionsgebrauch und Verkehrsanschauung, insbes. nach Sitte und Herkommen. Hierbei sind die Begriffe „Sitte" und „Herkommen" nicht eng auf die örtlichen Verhältnisse zu beziehen; maßgebend sind vielmehr die allgemeinen Anschauungen (RG. a. a. O.). Mit jenem Urt. des RG. ist der erk. Sen. der Ansicht, daß es dem allgemeinen natürlichen und religiösen Empfinden und damit auch der Verkehrsanschauung, der Sitte und dem Herkommen entspricht, daß die Angehörigen das Grab des Verstorbenen so schmücken dürfen, wie sie es nach ihrem Geschmack oder auch nach der Vorliebe des Verstorbenen für bestimmt gearteten Blumenschmuck aus seelischem Bedürfnis schmücken möchten. Diese starke Berücksichtigung persönlichster Gefühle des einzelnen rechtfertigt sich dadurch, daß für die meisten Grabstelleninhaber das Grab das letzte Band ist, das sie mit dem Verstorbenen verknüpft. Gerade die seelische Betreuung der Gemeindemitglieder ist aber eine der wesentlichsten Aufgaben der Kirche. Daher muß hier im Gegensatz zu den allermeisten Gebieten des öffentlichen Lebens, wo nach der heutigen Volksüberzeugung die Wünsche des einzelnen den Anforderungen der Gemeinschaft zu weichen haben, ein möglicherweise bestehendes Bedürfnis der Friedhofsverwaltung nach Einheitlichkeit der Gesamtanlage hinter dem nicht seltenen Wunsche der Leidtragenden zurücktreten, einen Gärtner, zu dessen Geschick und Sachkenntnis sie ein besonderes persönliches Vertrauen haben, frei wählen und diesen Gärtner nicht nur bei der Aufstellung des Planes für die Anlage des Grabes zu Rate ziehen, sondern ihm auch die Ausführung des Planes auf der Grabstätte übertragen zu können. Denn auch bei Ausführung des Planes besteht ein erheblicher Spielraum für die Betätigung von Geschick und Geschmack. Ein Friedhof ist nicht in erster Linie dazu bestimmt, eine Stätte der Betätigung der Kunst und durch seine Gesamtwirkung eine Quelle künstlerischen Wohlgefallens für die Allgemeinheit zu sein. Anzuerkennen ist nur, daß außer der allgemeinen Ordnung auf dem Friedhof, z. B. in der Anordnung der Gräberreihen, die Würde des Orts, die Rücksicht auf die Grabnachbarn und diejenigen Anforderungen an den guten Geschmack, die Allgemeingut einer christlichen Kirche sind, beachtet werden müssen. Die Befugnis der Grabstelleninhaber zur freien Gärtnerwahl findet mithin dort ihre Grenze, wo der beauftragte Gärtner etwa durch mangelnde berufliche Vorbildung, Unfähigkeit oder aus sonstigen Gründen die berechtigte Besorgnis hervorruft, daß seine Tätigkeit anstößig oder störend für die anderen Grabstelleninhaber und Gemeindemitglieder wirken werde. Daß solche Besorgnisse in der Person der Antragsteller hier begründet seien, behauptet der Antragsgegner selbst nicht. Im übrigen kann dieser allgemeine Gesichtspunkt, daß nämlich die getroffenen Maßnahmen etwa einer besonders durchgreifenden Sicherung der Ordnung auf den Friedhöfen hätten dienen sollen, schon deswegen nicht zur Rechtfertigung dieser Maßnahmen herangezogen werden, weil — wie die eigenen Erklärungen des Antragsgegners zweifelsfrei erkennen lassen — nicht dieser Gesichtspunkt, sondern rein fiskalische Gründe in erster Linie für den Erlaß des hier streitigen Verbots ausschlaggebend gewesen sind. Daß auch die Kirchenverwaltung es für ausreichend erachtet, wenn die Friedhofsverwaltungen allgemeine Richtlinien erlassen und über deren Innehaltung wachen, zeigt der Erl. des LKirchA. in Kiel v. 20. Okt. 1933. Dieser Erl. ordnet gerade die Aufhebung von Monopolen für den Grabschmuck an, wenn auch für eine gewisse Übergangszeit aus finanzpolitischen Erwägungen die Aufhebung einstweilen noch nicht in vollem Umfang bindend vorgeschrieben wird. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhange besonders auf folgende Stelle des Erlasses: „Zur Wahrung und Hebung der Friedhofskultur muß von den verantwortlichen Stellen der Kirchengemeinden darauf gehalten werden, daß die Friedhofsgärtner den Bedingungen, die für die Anlegung der Grabstätten usw. getroffen sind, unbedingt nachkommen und Qualitätsarbeiten leisten. Der Friedhofsverwaltung steht das Recht zu, die technische Durchführung der Arbeiten zu überprüfen. Gegen jede Pfuscharbeit ist scharf einzuschreiten."

Nach alledem gehört es wegen der Zweckwidmung der Friedhöfe nicht zu den aus dem Eigentum des Antragsgegners fließenden Befugnissen, den Grabstelleninhabern die Neuanlage von Grabstellen durch freie Gärtner zu verbieten; er kann sich daher auch den Antragstellern gegenüber nicht auf eine solche Befugnis berufen, um die Einwirkung auf ihren eingerichteten Gewerbebetrieb zu rechtfertigen.

2. Auch auf ein kirchliches Verordnungsrecht kann sich der Antragsgegner für die strittige Maßnahme nicht stützen. Die FriedhofsO. beruht auf § 17 VerwO. für die Kirchengemeinden der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Schleswig-Holstein. Dort ist in Abs. 4 bestimmt, daß die FriedhofsO. Best. über das Recht zur Benutzung der Grabstätten, über deren Anlage und ihre Bepflanzung und Unterhaltung enthalten muß. Die Friedhofsordnung ist erlassen auf Grund des Verordnungsrechtes, das der Kirchenregierung in § 33 Abs. 3 KirchVerf. mit den Worten verliehen worden ist: „Eine von der Kirchenregierung zu erlassende VerwO. trifft die näheren Best. über die Verwaltung sowie über das Rechnungs- und Kassenwesen" (PrGS. 1924, 321 ff., bes. 328). Es ist nun nicht anzunehmen, daß durch diese landesgesetzliche Best. der Kirchenregierung das Recht verliehen werden sollte, den Inhalt subjektiver Privatrechte zu ändern, welche nach dem bisherigen Rechtszustande den Mitgliedern einer Kirchengemeinde gegen diese zustanden. Um eine solche materielle Änderung des Inhalts privatrechtlicher Befugnisse durch eine kirchliche FriedhofsO. würde es sich aber handeln, wenn die in § 34 FriedhofsO. eingeführten Best. Gesetz würden, wonach den Gemeindemitgliedern vom 1. April 1934 ab nicht mehr das Recht zustehen soll, die gärt-

[2]) JW. 1932, 1725.

nerische Neuanlage von einem freien Handelsgärtner ausführen zu lassen, zu dessen Geschmack und Geschick sie aus irgendeinem Grunde ein besonderes Vertrauen haben. Wie unter Ziff. III 1 bereits ausgeführt, ist das Recht an der Mitbenutzung des Korporationsvermögens, insbes. des kirchlichen Friedhofes, ein privates, schon aus der Mitgliedschaft folgendes Recht. Dieses entsteht nicht etwa erst, nachdem ein Todesfall eingetreten und dem Hinterbliebenen eine Grabstätte zugeteilt worden ist, sondern es besteht, seit und solange die Gemeindemitgliedschaft dauert. Dieses Recht hat, wie ebenfalls schon dargelegt ist, zu einem nicht unwesentlichen Teile vermögensrechtliche Bedeutung. Auch in dieser Hinsicht bedeutet die FriedhofsO. eine Beeinträchtigung, insofern sie in § 45 Abs. 2 bestimmt, daß sämtliche Gebühren im voraus zu zahlen sind. Soweit sich dies auf die Gebühren für die gärtnerische Neuanlage von Grabstätten bezieht, wird die Lage der Gemeindemitglieder gegenüber dem früheren Zustande verschlechtert, weil bei der Beauftragung von freien Gärtnern nach den Best. des BGB. über den Werkvertrag und den Dienstvertrag das Entgelt für solche Arbeiten in aller Regel erst hinterher bezahlt zu werden braucht. Vor allem aber wird das Recht des Gemeindemitgliedes auf die Benutzung des Gemeindefriedhofes in seinem Inhalt wesentlich dadurch verkümmert, daß das unter Ziff. III 1 bereits als berechtigt anerkannte Bedürfnis der Hinterbliebenen, durch die gärtnerische Anlage und den Blumenschmuck des Grabes Allerpersönlichstes auszudrücken und das Andenken des Toten in einer seinem Geschmack entsprechenden Weise zu pflegen, durchkreuzt oder mindestens erschwert wird durch die Anordnung, daß mit der Neuanlage von Gräbern nur die Friedhofsverwaltung beauftragt werden darf, die nach dem Vortr. des Antragstellers auch in Angelegenheiten der Gräberpflege davon ausgeht, daß das Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen und künstlerischen Ausgestaltung der Friedhöfe den „Privatinteressen und Wünschen der einzelnen Hinterbliebenen vorangestellt" werden müsse. Handelt es sich aber hiernach bei den fraglichen Best. der FriedhofsO. um eine im Wege des Verordnungsrechts versuchte Änderung des sachlichen Inhalts und Umfangs subjektiver Privatrechte der Gemeindemitglieder, so hat die Behörde, die diese VO. erlassen hat, damit die Grenzen überschritten, die nicht nur dem kirchlichen Verordnungsrecht überhaupt, sondern auch den Landesgesetzen durch Art. 55 EGBGB. gezogen sind. Seit dem 1. Jan. 1900 steht die gesetzliche Gestaltung privatrechtlicher Beziehungen nur noch der Reichsgesetzgebung zu. Es ist daher nicht anzunehmen, daß § 33 Abs. 3 KirchVerf. und § 17 VerwVO. den Kirchengemeinden die Befugnis derartiger gesetzgeberischer Tätigkeit einräumen wollten. Sollte dies aber hinsichtlich der hier in Frage kommenden Regelung doch die Absicht gewesen sein, so hätte damit letzten Endes das Land Preußen seine Befugnis zur Gesetzgebung überschritten. Aus alledem folgt, daß die Best. der FriedhofsO. unwirksam sind, soweit sie durch die Einschränkung der freien Gärtnerwahl das aus der Gemeindemitgliedschaft fließende Recht zur Benutzung des Gemeindefriedhofs inhaltlich ändern. Dies hat die strittige FriedhofsO. hinsichtlich der Benutzung der Friedhöfe getan, indem sie die gärtnerische Neuanlage von Grabstätten durch freie Handelsgärtner verbot. Hieraus ergibt sich, daß der Antragsgegner sich für den in seinem Verbote und in dessen Durchführung liegenden Eingriff in die eingerichteten und bestehenden Gewerbebetriebe der Antragsteller auch nicht auf ein kirchliches Verordnungsrecht berufen kann.

3. Auch die Vertragsfreiheit auf privatrechtlichem Gebiete berechtigt den Antragsgegner nicht zu der Vorschr., daß Verträge über die Zuweisung von Grabstellen nach dem 31. März 1934 nur noch abgeschlossen werden dürfen, wenn sich die Hinterbliebenen verpflichten, die erste Neuanlage durch die Friedhofsverwaltung gärtnerisch ausführen zu lassen. Wie schon ausgeführt, besteht das Recht der Gemeindemitglieder auf Teilnahme an der Benutzung des Friedhofs schon seit Beginn der Mitgliedschaft. Dieses Recht kann der Antragsgegner nicht dadurch verkürzen, daß er die Berechtigten nach Eintritt des Sterbefalles zu einem vertraglichen teilweisen Verzicht zwingt. Ein solcher Zwang würde auch als unzulässige, unter § 138 BGB. fallende Ausnutzung einer Monopolstellung zu beurteilen sein.

Da somit weder die Vertragsfreiheit auf privatrechtlichem Gebiete noch das kirchliche Verordnungsrecht noch das Eigentum des Antragsgegners an den beiden Friedhöfen die Befugnis zur Verletzung eines durch § 823 Abs. 1 BGB. geschützten Rechtes der Antragsteller verleiht, ist der Antragsgegner verpflichtet, den durch seine trotzdem vorgenommenen Eingriffe in den Gewerbebetrieb entstandenen und in Zukunft zu befürchtenden Schaden wieder gutzumachen. Für die Zukunft ergibt sich daraus der hier von den Antragstellern geltend gemachte Unterlassungsanspruch.

Daher mußte die beantragte EinstwVfg., allerdings unter Beschränkung auf die Neuanlage von Grabstätten im Auftrage von **Gemeindemitgliedern**, antragsgemäß erlassen werden.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Urt. v. 8. Okt. 1934, 1 U 186/34.)

Ber. von OLGR. Dr. **Grunau**, Kiel.

*

Naumburg

8. § 94 RAO. Zu den von dem Kostenschuldner im ehrengerichtlichen Verfahren zu erstattenden „baren Auslagen" gehören auch die Reisekosten und Tagegelder der Mitglieder des Ehrengerichts der Anwaltskammer. †)

Der BeschwF. ist durch Urt. des Ehrengerichts der Anwaltskammer unter Freisprechung im übrigen wegen Verletzung von Standespflichten in einem von insgesamt drei Punkten des Eröffnungsbeschlusses mit einer Warnung bestraft worden; die baren Auslagen sind dem Angekl., soweit er verurteilt ist, im übrigen der Anwaltskammer auferlegt worden.

Der Vorsitzende des Ehrengerichts hat unter den von dem Verurteilten der Anwaltskammer zu erstattenden Kosten einen Betrag von 49,75 *RM* Reisekosten der auswärtigen Mitglieder des Ehrengerichts festgesetzt.

Gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß hat der Verurteilte Beschwerde eingelegt mit dem Antrage auf Absetzung der Reisekosten der Ehrengerichtsmitglieder.

Die Beschwerde ist nach § 89 RAO. zulässig, jedoch unbegründet.

Nach § 94 RAO. werden für das ehrengerichtliche Strafverfahren weder Gebühren noch Stempel, sondern nur bare Auslagen in Ansatz gebracht. Bare Auslagen sind Kosten, die durch das Verfahren des Ehrengerichts im einzelnen Fall entstanden sind (so insbes.: **Noack**, Anm. 3 zu § 94 RAO.). In der Rspr. und im Schrifttum ist bisher überwiegend die Ansicht vertreten, daß zu den baren Auslagen, die der im Ehrengerichtsverfahren Verurteilte zu erstatten habe, die Reisekosten und Tagegelder auswärtiger Mitglieder des Ehrengerichts nicht gehören. Diese Meinung stützte sich insbes. einerseits auf die Motive zur RAO., die in der Tat die Erstattungsfähigkeit der Reisekosten und Tagegelder der Ehrengerichtsmitglieder verneinen, und andererseits auf eine vergleichende Betrachtung der Ehrengerichtsbarkeit mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit sowie auf die in anderen Gesetzen, z. B. dem DGKG. und dem PrGKG. enthaltene Begriffsbestimmung der baren Auslagen. Es soll nicht verkannt werden, daß die bisherige Auslegung des Begriffs der „baren Auslagen" i. S. des § 94 RAO. eine starke Stütze in erster Hinsicht in den Motiven findet; gleichwohl kann und muß die Auslegung eines Gesetzes sich ändern, wenn die Verhältnisse, wie sie bei Schaffung des Gesetzes bestanden haben, eine grundlegende Änderung erfahren haben. Allerdings wäre eine Gesetzesauslegung, die dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes widersprechen würde, unzulässig, denn die Gerichte haben die vorhandenen Gesetze sinngemäß auszulegen, nicht jedoch durch eine sinnwidrige Auslegung des Gesetzes eine ihnen nicht zukommende gesetzgeberische Arbeit zu leisten.

Zur Zeit der Schaffung der RAO. i. J. 1878 waren die Verhältnisse im Rechtsanwaltsstande grundlegend andere als heute. Die Zahl der Anwälte war damals gering, und die Anwälte hatten schon deshalb ihr gutes und gesichertes Einkommen; es kamen nur verhältnismäßig wenige Fälle vor, in denen sich Anwälte Verfehlungen gegen ihre Standespflichten zuschulden kommen ließen. Hiernach ist ohne weiteres verständlich, daß der damalige wohlhabende Anwaltsstand selbst keinen Wert darauf legte, von den Berufsgenossen, die wegen ihrer Standesverfehlungen bestraft wurden, restlos die aus der Anwaltskammerkasse für das einzelne Verfahren verauslagten Kosten zurückzuerhalten. Es genügte damals, da die Geld- und Kosteninteressen infolge des damaligen Wohlstandes von untergeordneter Bedeutung waren, die zu Strafe verurteilten Berufsgenossen allein durch die Strafe zu kennzeichnen. Demgegenüber bringt es schon die gegenwärtig große Anzahl der Anwälte ohne weiteres mit sich, daß im Regelfalle das Einkommen des einzelnen Anwalts erheblich geringer ist, daß sogar eine erhebliche Anzahl in schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen sich befinden. Entsprechend der Zahl der Anwälte ist auch die Zahl der Ehrengerichtsverfahren gestiegen. Wenn auch durch die — gegenüber früher — größere Zahl der Anwälte der Gesamtertrag der Beiträge für die Anwaltskammern rein ziffernmäßig gestiegen ist, so bleibt doch zu berücksichtigen, daß die Kassen der Anwaltskammern in Anbetracht der heute notwendigen Unkosten und Aufwendungen nur schwer darüber hinausgehende besondere Belastungen ertragen. Eine außerordentlich große Belastung stellen jedoch die Kosten dar, die für die zahlreichen Ehrengerichtsverfahren aufgewendet werden müssen. Aus diesen Darlegungen erhellt, daß die Voraussetzungen, von denen die Motive der RAO. ausgegangen sind, als sie die Erstattungsfähigkeit der Reisekosten und Tagegelder der Ehrengerichtsmitglieder verneinten, heute nicht mehr gegeben sind. Solchenfalls können aber die Motive heute nicht mehr ohne weiteres zur Auslegung des Begriffs der „baren

Zu 8. Die Anwaltschaft begrüßt es, daß das OLG. Naumburg die frühere noch vom OLG. Nürnberg: JW. 1934, 3304 vertretene Auslegung des Begriffs „bare Auslagen" in § 94 RAO. aufgegeben hat. Die Begründung des Beschlusses schließt sich im wesentlichen an meine Anm. a. a. O. an.

RA. Dr. **Neubert**, Präs. der Reichsrechtsanwaltskammer.

Auslagen" herangezogen werden, denn jedes Gesetz verlangt — wie Neubert: JW. 1934, 3304 zutreffend sagt — die Auslegung, die im Zeitpunkte seiner jeweiligen Anwendung den vernünftigsten und zweckentsprechendsten Sinn gibt.

Aber auch insoweit die von der vorstehenden abweichende Meinung — wie oben dargelegt — das Ehrengerichtsverfahren im Vergleich mit dem ordentlichen Gerichtsverfahren betrachtet und dabei insbes. auf Grund der in anderen Gesetzen enthaltenen Begriffsbestimmung der „baren Auslagen" dazu gelangt, daß der Begriff der „baren Auslagen" die Erstattungsfähigkeit der Reisekosten und Tagegelder der Ehrengerichtsmitglieder nicht zulasse, kann diese Ansicht nicht als unbedingt zutreffend angesehen werden. Ein zuverlässiger allgemeiner Rückschluß von den Vorschriften der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf die Ehrengerichtsbarkeit läßt sich bereits deshalb nicht ziehen, weil die Ehrengerichtsbarkeit auf einer anders gestalteten Grundlage errichtet ist. Der Staat hat für seine ständig in Tätigkeit befindliche Gerichtsbarkeit bestimmte Beträge im Haushalt ausgeworfen und deshalb zur Verfügung. Die Kosten für die nur nach dem Bedürfnis tagenden Ehrengerichte müssen dagegen jedesmal aus der Kasse der zuständigen Anwaltskammer besonders verauslagt werden. Es handelt sich deshalb bei den für die Reisekosten und Tagegelder aufgewendeten Kosten in der Tat um bare Auslagen der Kasse der betreffenden Anwaltskammer. Steht das aber fest, so bedarf es darüber hinaus nicht noch der vergleichenden Betrachtung anderer Gesetze zur Begriffsbestimmung der baren Auslagen im Ehrengerichtsverfahren, weil deren Umfang unmittelbar aus der Aufbringungsweise und Verwendungsart der Gelder sich ergibt. Der Begriff der baren Auslagen i. S. des § 94 RAO. ist eben ein anderer und weiterer als in anderen Gesetzen. Eine solche Auslegung entspricht dem Wortlaut und Sinn des § 94 RAO. vom heutigen Standpunkte aus betrachtet in jeder Hinsicht. Schließlich erscheint es ungerechtfertigt, daß die einzelnen — vielfach mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten kämpfenden — Anwälte mittelbar mit den Kosten belastet werden sollen, die durch die Ahndung der Pflichtwidrigkeiten von Berufsgenossen entstanden sind. Aus diesen Erwägungen erachtet der Senat die Reisekosten und Tagegelder der Mitglieder des Ehrengerichts als erstattungsfähig.

Der BeschwF. ist deshalb verpflichtet, die diesbezüglichen festgesetzten Beträge, die ihm überdies nur anteilig auferlegt sind, der Anwaltskammer zu erstatten.

(OLG. Naumburg a. S., 1. ZivSen., Beschl. v. 13. Febr. 1935, 1 W 458/34.)

Landgerichte

Berlin

1. § 138 BGB. **Ein unter Ausnutzung der Situation abgeschlossener Vertrag, in dem der Verunglückte die „Unfall-Hilfe" unwiderruflich mit der Vertretung in seiner Unfallsache beauftragt und sich verpflichtet, von der zur Auszahlung gelangenden Schadensersatzsumme 10% an den „Direktor" der „Unfall-Hilfe" unwiderruflich abzuführen, und in dem er die 10% sofort unwiderruflich abtritt, ist sittenwidrig.**

Am 1. Nov. 1932 hat sich der Unfall ereignet, bei dem die damals sechsjährige Kl. zu 1 lebensgefährlich verletzt worden war. Noch am selben Tage hat der Kl. zu 2, der Vater des Kindes, die „Unfall-Hilfe" unwiderruflich mit seiner Vertretung beauftragt und sich verpflichtet, von der an ihn zur Auszahlung gelangenden Schadensersatzsumme 10% an die „Unfall-Hilfe", Dir. Fr. Ad. R., Berlin, unwiderruflich abzuführen, und ferner erklärt, daß er die 10% an R. unwiderruflich abtrete. Eine Erörterung mit dem im Termin persönlich anwesenden Kl. zu 2 ergab, daß es sich bei ihm um einen geschäftlich ganz ungewandten und auch geistig etwas schwerfälligen Mann handelt. Dieser Tatbestand allein rechtfertigt es, der Abtretung aus folgenden Gründen eine Rechtswirkung zu versagen.

Der Kl. zu 2 war im Augenblick der Unterzeichnung der Urkunde in höchster Sorge um das Leben seines Kindes. Auch ein anderer an seiner Stelle wäre von dem Leiden, das er vor Augen sah, zu stark ergriffen gewesen, als daß er sogleich dem Gedanken nachgehangen hätte, wegen des Unfalls Geldansprüche zu betreiben; auch ein anderer hätte in solcher Stunde nicht die Ruhe aufgebracht, deswegen geschäftliche Bindungen einzugehen, die eine verständige und reifliche Überlegung erforderten. Der Kl. zu 2 war bei seiner vorhin angedeuteten Veranlagung vollends unfähig, den sachlichen Inhalt der von ihm unterzeichneten Erklärungen zu erfassen.

Er war sich ihrer Tragweite um so weniger bewußt, als die Erklärung keine ziffernmäßig bestimmten Beträge nannte, sondern den Bruchteil einer Schadenssumme, deren Höhe von so viel noch ganz unbekannten Faktoren abhing, daß sie für ihn weder meßbar, noch auch nur annähernd schätzbar war. Ihm fehlte also jede Vorstellung von dem Werte des Anspruchs, dessen er sich zugunsten der „Unfall-Hilfe" entäußerte. Er war sich z. Z. der Abtretung auch des weiteren Umstandes nicht bewußt, daß die Schadensersatzansprüche, die er etwa gegen die Haftpflichtigen hatte, ihrer Natur nach zweckgebunden waren; daß nämlich die Ersatzleistungen kein Vermögensgewinn für ihn selbst oder einen Dritten werden sollten, sondern daß sie, wenigstens in ihrem wesentlichen Teile, einzig und allein ihm als Mittel für die Maßnahmen zu dienen hatten, die sein Kind am Leben erhalten und wieder heilen konnten; erst recht nicht darüber, daß dieser Zweck gefährdet wurde, indem er sich, sonst mittellos, durch die Abtretung eines Zehntels der dazu notwendigen Mittel entäußerte.

Dem „Beamten" der „Unfall-Hilfe", der die Unterzeichnung der Abtretungserklärung durch den Kl. zu 2 erwirkt hat, hat diese Geistes- und Gemütsverfassung nicht entgehen können. Er wußte also, daß der Kl. hier eine Erklärung unterschrieb, deren Inhalt er nicht verstand. Er hat die seelische Not und Unerfahrenheit des Kl. ausgenützt, um ihn zu dieser Unterschrift zu bestimmen und ihn so zu einer künftigen Leistung zu verpflichten, die dem Kl. unbekannt war, die sich vielleicht einmal als geringfügig erweisen konnte, die aber für ihn, den Angestellten der „Unfall-Hilfe", der schon ein Urteil über den Verlauf solcher Schadensfälle hatte, mutmaßlich in die Hunderte von Mark ging, vielleicht sogar in die Tausende.

Ein so zustande gebrachtes Geschäft ist sittenwidrig.

Dies wird noch durch die Erwägung unterstützt, daß der Angestellte der „Unfall-Hilfe" und diese selbst den Vorwurf, das Geschäft erschlichen zu haben, nicht einmal mit dem Einwand entkräften könnten, daß sie für die Leistung des Kl. eine Gegenleistung zu geben gedachten, indem sich die „Unfall-Hilfe" zugleich den Auftrag erteilen ließ, den Kl. in seiner „Unfallsache zu vertreten". Denn dieser Auftrag war inhaltlos. Er ließ jede nähere Angabe über die Art und den Umfang der Leistung vermissen. Er ergibt nicht einmal, nach welcher Richtung, erst recht nicht, um welche Maßnahmen und zu welchem Ergebnis die Vertretung ausgeübt werden sollte; ob sie sich in Verhandlungen mit dem oder den Ersatzpflichtigen über die Entschädigung des Kl. erschöpfte, ob die „Unfall-Hilfe" zur Herbeiführung eines Vergleichs, und welches Vergleiches, gehalten sein sollte, oder ob sie, wenn ein solcher nicht zustande kam, verpflichtet sein sollte, einen Rechtsstreit auf ihre Kosten durchzuführen. Eine solche Leistung der „Unfall-Hilfe" wäre allenfalls für den Kl. von Wert gewesen. Aber die „Unfall-Hilfe" hat die Verpflichtung dazu verneint, was daraus entnommen werden muß, daß die Kl. selbst den Rechtsstreit durchführen, nachdem sie dazu das Armenrecht erwirkt haben.

Wollte man die Verpflichtungserklärung des Kl. und seine Abtretung gelten lassen, so wäre also das Ergebnis dieses: Die „Unfall-Hilfe" brauchte nichts zu tun, was dem Kl. nützte. Sie überließ ihm alle Kosten und Mühen, die mit der Durchführung seines Schadensanspruchs verbunden sind. Sie darf trotzdem, nachdem die Bekl. zu deren Zahlung verurteilt worden sind, den zehnten Teil desjenigen Betrages fordern, dessen die Kl. dringend zur Wiederherstellung der Gesundheit der Kl. zu 1 bedürfen. Wenn sonst noch etwa Zweifel hätten sein können, so zeigt dieses Ergebnis mit Deutlichkeit, wie bedenkenfrei hier die Not und Unerfahrenheit des Kl. ausgebeutet worden sind, und daß das Geschäft die Voraussetzungen des § 138 BGB. erfüllt und als sittenwidrig nichtig ist.

(LG. Berlin, 63. ZK., Urt. v. 24. Nov. 1934, 263 O 245/34.)

Eingef. von RA. Dr. Karl Fritz Jonas, Berlin.

*

2. § 138 BGB.; § 49a MietSchG. **Eine Vergütung, die der Inhaber einer Bäckerei nebst anschließender Wohnung für die Zustimmung des Vermieters zum Verkauf des Geschäfts verspricht, verstößt nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten.**

Die Auffassung des Vorderrichters, daß die Vereinbarung, auf Grund deren der Kl. von dem Bekl. die Zahlung von 200 *RM* beansprucht, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sei, erscheint nach Lage des besonderen Falles, so sehr im übrigen die allgemeinen Erwägungen des Vorderrichters über die Erteilung einer Verkaufserlaubnis gegen Zahlung einer Vergütung anzuerkennen sind, nicht haltbar. Zunächst trifft die Feststellung, daß es an einer Gegenleistung des klagenden Eigentümers fehle, nicht zu. Sie besteht darin, daß der Kl. sich damit einverstanden erklärt hat, mit dem vom Bekl. vorgeschlagenen neuen Mieter, der die Bäckerei von ihm übernommen hat, einen auf die Dauer von fünf Jahren vorgesehenen Mietvertrag abzuschließen, der dem neuen Mieter auch das besondere Zugeständnis der Verkaufserlaubnis macht. Diese Gegenleistung ist keineswegs

wirtschaftlich wertlos; denn es bedeutet für den Vermieter immer ein gewisses Risiko, einen neuen Mieter auf längere Zeit aufzunehmen und diesem noch dazu das Recht zu geben, seinerseits bei Stellung eines weiteren Nachmieters vorzeitig aus dem Vertrage auszuscheiden. Die Frage könnte allenfalls sein, ob die vorbezeichnete Gegenleistung ihrem Inhalte und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nach in keinem Verhältnis steht zu dem Entgelt, das der Kl. gefordert hat. Davon kann aber nach Lage der Verhältnisse keine Rede sein. Denn der Betrag von 200 *RM* war bei dem Umfange des Gesamtobjekts — es handelte sich um den Verkauf eines Geschäftsbetriebes, der bei einer Bewertung des Inventars mit 1000 *RM* einen Kaufpreis von 12000 *RM* erbrachte — so gering, daß er nicht irgendwie ausschlaggebend ins Gewicht fallen konnte.

Es ist auch nicht ersichtlich, daß durch die getroffene Vereinbarung und ihre Innehaltung etwaige dem Einzelinteresse vorgehende wirtschaftliche oder soziale Belange der Allgemeinheit gefährdet werden. Der Bekl. ist ein in verhältnismäßig günstigen Verhältnissen lebender Mann, auf dessen Entscheidung über den Verkauf die Zahlung von 200 *RM* keinen ausschlaggebenden Einfluß ausüben konnte, zumal dieser Verkauf ihm, verglichen mit der Rechtstellung anderer Volksgenossen, die vielfach ohne Verwertungsmöglichkeit ihre Betriebe auflösen müssen, recht erhebliche Vorteile brachte. Es kann dem Vorderrichter auch nicht darin beigepflichtet werden, daß ein erhebliches Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung gerade des Betriebes des Bekl. durch Verkauf anzunehmen sei. Nach der Art des Betriebes muß vielmehr angenommen werden, daß die Arbeitsplätze, die dieser Betrieb bietet, bei seiner Auflösung für die Allgemeinheit nicht verlorengegangen, sondern an anderer Stelle oder von einem anderen Unternehmer ersetzt worden wären. Die Wertzerstörung bei Auflösung des Betriebes hätte allenfalls den Bekl., aber nicht die Allgemeinheit getroffen. Andererseits darf gerade von dem Gesichtspunkte des dem Einzelnutzen vorgehenden allgemeinen Nutzens nicht verkannt werden, welche Bedeutung der durch eine zu weitgehende Vertragslockerung gefährdeten Verkehrssicherheit und der Erschütterung des allgemeinen Vertrauens, die weiter aus einer solchen Lockerung folgen kann, zukommt. Das Sprichwort „ein Mann, ein Wort" enthält eine tief im Volksbewußtsein verankerte sittliche Forderung, von der ein volksnahes und volksverbundenes Recht nicht ohne zwingende Gründe Ausnahmen gestatten kann. Solche zwingende Gründe sind aber im vorliegenden Falle auch bei Beachtung der persönlichen Verhältnisse des Bekl. nicht anzuerkennen.

Die Kammer hat die Rechtslage auch unter dem besonderen Gesichtspunkt geprüft, ob das Abkommen als wucherisch i. S. des § 49a MietSchG. anzusehen sei. Auch das ist zu verneinen. § 49a MietSchG. setzt voraus, daß die Vergütung unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse als unangemessen anzusehen ist. Das ist, wie oben dargelegt, hier nicht der Fall.

(LG. Berlin, 67. ZK., Urt. v. 4. Jan. 1935, 267 S 9394/34.)

Ber. von LGDir. Dr. Lind, Berlin.

*

3. Eine allgemeine Grundstücksvollmacht ermächtigt auch zur Entgegennahme von Zustellungen. Anwendung deutschen Rechts nach dem Wirkungsstatut.

Es handelt sich hier nicht um eine Vollmacht zur Vornahme bestimmter Handlungen. In solchem Falle wäre aus der Nichterwähnung der Entgegennahme von Zustellungen zu schließen, daß sich die Vollmacht darauf nicht erstrecken sollte (KG. 1 X 169/28; vgl. auch RG.: JW. 1913, 1634). Vielmehr liegt hier eine auf das Grundstück beschränkte, aber insoweit generelle Vollmacht vor, da der Bevollmächtigte nach beispielsweiser — nicht erschöpfender — Aufzählung einer Reihe von Rechtshandlungen allgemein ermächtigt wird, „überhaupt in allem und jedem alles mit demselben Recht zu veranlassen", wie der Vollmachtgeber selbst. Der Grundsatz, daß Vollmachten im Zweifel eng auszulegen sind (v. Thur, II 2 S. 398), steht nicht entgegen, da hier über den Umfang der Vollmacht kein Zweifel herrschen kann. Danach bezieht sich die Vollmacht auch auf die Vertretung im Zwangsverwaltungsverfahren und auf die Entgegennahme von Zustellungen in diesem. Daß der Vollmachtgeber i. J. 1930 in Mexiko verstorben sein soll, steht ihrer Weitergeltung nicht entgegen, da die Vollmacht auch für den Fall des Ablebens des Bevollmächtigenden gelten sollte. Daß die Vollmacht in Österreich ausgestellt ist, nötigt nicht zur Prüfung, ob eine solche Vollmacht über den Tod hinaus nach österreichischem Recht wirksam ist. Denn da sich die Vollmacht auf ein deutsches Grundstück bezieht, gilt nach dem Wirkungsstatut (vgl. Rabel: ZIntPrR. 3, 836; Gutzwiller, IntPrR. S. 1514) deutsches Recht, und nach letzterem ist eine solche Best. nicht zu beanstanden (RG. 88, 345; RGRKomm., Anm. 2 zu § 168).

(LG. Berlin, 1. ZK., Beschl. v. 11. Jan. 1935, 201 T 208/35.)

Ber. v. LGR. Dr. Seibert, Berlin.

*

4. § 264 HGB. gilt auch nach heutigem Recht.

Wie von der Bekl. nicht in Abrede gestellt wird, hat die Kl. bei der Stellung des Vertagungsantrages der Vorschr. des § 264 HGB. formell genügt, indem sie als eine Minderheit, deren Anteile den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt hat. Sie hat hierbei nicht etwa nur rein summarisch mehrere Posten abgelehnt, sondern ist in jedem einzelnen Fall genau darauf eingegangen, inwiefern nach ihrer Ansicht der betreffende Ansatz unzutreffend und in welcher Weise er zu berichtigen sei. Damit war formell der Anspruch der Kl. auf Vertagung der GenVers. gegeben; dieser konnte auch dadurch nicht wieder beseitigt werden, daß sofort über die beanstandeten Punkte Aufklärung gegeben wurde, denn es ist gerade der Zweck der Best. des § 264, daß dem Beanstandenden genügend Zeit gelassen werden soll, die Entgegnungen des Vorstandes auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen. Wie das RG. erst kürzlich wieder in einem Urt. v. 16. Febr. 1934 (II 249/33: RG. 143, 401[1])) ausgesprochen hat, schreibt § 264 Abs. 1 HGB. bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Vorschr. zwingend die Vertagung der Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz vor. Was die Bekl. im vorl. Falle dagegen ausführt, ist nicht geeignet, ihren Standpunkt zu stützen.

Um das Verhalten der Kl. als Schikane i. S. des § 226 BGB., der an sich auf alle Rechtsgebiete Anwendung findet, oder sittenwidrig erscheinen zu lassen, muß es derart sein, daß es die Schädigung eines anderen verfolgt. (Das wird verneint.)

Entfällt somit der Gesichtspunkt der Schikane, so ist aber auch mit anderen allgemeinen Erwägungen zu keinem abweichenden Ergebnis zu gelangen. Die Bekl. hält das Vorgehen der Kl. und ihre Absichten für unvereinbar mit der neuen Rechtsidee des nationalsozialistischen Staates.

Hierzu ist folgendes zu sagen: Die Regierung des nationalsozialistischen Staates, die bereits eine außerordentlich große Anzahl neuer Gesetzesvorschriften geschaffen hat, hat es bisher unterlassen, die Vorschr. des § 264 HGB. zu beseitigen oder abzuändern. Ist aus dieser Tatsache allein auch noch nicht zu schließen, daß die Beseitigung dieser Vorschr. nicht vielleicht in Erwägung gezogen wird, so spricht doch für den Willen des Gesetzgebers, sie zur Zeit jedenfalls noch in Geltung zu lassen, ganz klar der Umstand, daß bereits nach der nationalsozialistischen Revolution eine Anzahl aktienrechtlicher Best. abgeändert worden ist, ohne daß der § 264 hiervon betroffen worden ist. Es kann somit nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß § 264 als geltendes Recht von der Rspr. zu berücksichtigen ist (vgl. auch die obenerwähnte Entsch. des RG. v. 16. Febr. 1934). Damit scheiden zunächst alle Erwägungen in der Richtung, daß diese Vorschr. beseitigt werden müßte, von vornherein aus; auch hat die Regierung immer wieder betont, daß der Richter an das Gesetz gebunden ist, würde doch das Gegenteil nur eine unheilvolle Rechtsunsicherheit zur Folge haben und der Richter sich damit auf das politische Gebiet begeben.

Was nun die von der Bekl. gewünschte Auslegung des § 264 anbetrifft, so muß hierzu ganz allgemein festgestellt werden: Eine Auslegung einer Gesetzesvorschrift in irgendeinem Sinn ist nur dann möglich, wenn der Wortlaut des Gesetzes einer Auslegung überhaupt zugänglich ist. Denn nur dann kann ein Zweifel darüber entstehen, was der Gesetzgeber mit der Vorschr. bezweckt hat. § 264 sagt nun ganz eindeutig: Wenn der Antrag auf Vertagung in der gehörigen Form gestellt wird, so ist die Verhandlung zu vertagen, ohne daß das Gesetz einen Unterschied hinsichtlich der Gründe des Antragstellers macht. Angesichts dieser klaren Formulierung des Gesetzes ist also für eine Auslegung der Vorschr. in irgendeinem Sinne überhaupt kein Raum. Der Gedanke des Gesetzgebers ist in § 264 HGB. ganz klar der, den Aktionär vor einer Überrumplung bei seiner Entsch. über die meist sehr schwierigen Bilanzfragen zu schützen, und dieser Grundgedanke soll eben, sobald der entsprechende Tatbestand gegeben ist, berücksichtigt werden, mag auch im Einzelfall der gewährte Schutz vielleicht überflüssig erscheinen. Nur dann dürfte der Richter hiervon abgehen, wenn ihm wiederum durch das Gesetz dies gestattet wäre, denn es ist nicht Sache des Richters, gegen eine zwingende Gesetzesvorschrift etwas zu billigen, was, mag es auch vielleicht im einzelnen Falle dem Gerechtigkeitsempfinden einer Mehrheit der Volksgenossen entsprechen, verallgemeinert die verhängnisvollsten Folgen nach sich ziehen müßte. Das würde jedoch das Ergebnis einer auch nur fallweisen Beschränkung des Anspruchs aus § 264 sein. Dem nicht so kapitalskräftigen Minderheitsaktionär würde, wenn man derartige Erwägungen, wie sie die Bekl. anstellt, bei der Anwendung des § 264 zuließe, häufig die Möglichkeit genommen werden, ohne Mitwirkung der Großaktionäre Einblick in die Geschäftsführung der Ge-

[1]) JW. 1934, 199.

sellschaftsorgane zu gewinnen und die Beseitigung etwaiger Mißstände zu betreiben. Das will das Gesetz aber gerade vermeiden. Es will unter allen Umständen die Minderheit, die die formellen Voraussetzungen des § 264 erfüllt, schützen. Von dieser Seite betrachtet, erhellt sogar, daß der § 264 gerade besonders eine Vorschr. im Sinne des nationalsozialistischen Staates ist, denn durch sie wird die Übermacht des Kapitals etwas verringert und auch dem kapitalmäßig Schwächeren eine Handhabe zur Mitarbeit an der Gemeinschaft gegeben.

Es muß also festgestellt werden, daß die Kl. gem. § 264 HGB. berechtigt war, die Vertagung der Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz zu verlangen, und daß daher der Vorsitzende durch Nichtbefolgung dieses Verlangens das Gesetz verletzt hat. Der Standpunkt der Bekl. würde dazu führen, diesen Verstoß zu sanktionieren, was, wie gesagt, auch im neuen Staat nicht rechtens sein würde. Da die Kl. vorschriftsmäßig Widerspruch gegen den darauf ergangenen Beschluß zu Protokoll erklärt und die Anfechtungsklage erhoben hat, hat dieser Verstoß gegen das geltende Recht die Nichtigkeit des gleichwohl über die Genehmigung der ganzen Bilanz gefaßten Beschlusses zur Folge.

In der zweiten Instanz haben sich die Parteien verglichen, so daß es zu einer Stellungnahme des KG. nicht gekommen ist.

(LG. Berlin, 2. KfH., Urt. v. 3. Juli 1934, 402 O 39/34.)

Ber. von LGDir. Kersting, Berlin.

*

5. §§ 31, 73 ZwVerstG. Der Fortsetzungsantrag kann mit der Einstellungsbewilligung verbunden werden; während der Bietungsstunde kann protokolliert werden.

Die Beschw. erblickt einen Zuschlagsversagungsgrund darin, daß ein wirksamer Fortsetzungsantrag erst nach erfolgter Einstellung habe gestellt werden können, und daß es, da der Fortsetzungsantrag zugleich mit der Einstellungsbewilligung gestellt sei, an einem wirksamen Antrag fehle. Die Frage, ob der Gläubiger mit der Einstellungsbewilligung gleichzeitig den Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens verbinden kann, ist entgegen der Auffassung von Jaeckel-Güthe (Anm. 3 zu § 31) in Übereinstimmung mit Reinhard-Müller (Anm. I zu § 31) zu bejahen, da dieses Verfahren, das jedenfalls vom Gesetz nicht verboten ist, den Bedürfnissen der Praxis insbes. in denjenigen Fällen entspricht, in denen wie hier der Gläubiger dem Schuldner entgegenkommenderweise eine kurze Einstellungsfrist bewilligt, und in denen, wie es auch die Sondervorschrift des § 9c VO. v. 26. Mai 1933 bezweckt, eine zu weite Hinauszögerung des Verfahrens vermieden werden soll.

Ebenso geht die weitere Rüge fehl, daß die zur Abgabe von Geboten vorgesehene Stunde (§ 73 Abs. 1 ZwVerstG.) deswegen nicht eingehalten sei, weil nach der Aufforderung von Geboten die Protokollierung der Namen der erschienenen Beteiligten erfolgt sei. Abgesehen davon, daß eine gesetzliche Vorschrift darüber, in welchem Terminsabschnitt die Protokollierung der Namen der Beteiligten (§ 9 ZwVerstG.) zu erfolgen hat, nicht besteht, ist dadurch, daß diese Niederschrift während der Bietungszeit erfolgt ist, die Vorschrift des § 73 Abs. 1 ZwVerstG. nicht verletzt, da hierdurch das Versteigerungsgericht nicht gehindert war, etwaige Gebote entgegenzunehmen. Wie der Versteigerungsrichter aktenkundig gemacht hat, war er während der im Protokoll vermerkten Bietungszeit zur Entgegennahme von Geboten jederzeit bereit und in der Lage.

(LG. Berlin, 1. ZK., Beschl. v. 7. Jan. 1935, 201 T 128/34.)

Ber. von LGR. Dr. Seibert, Berlin.

*

6. § 152 ZwVerstG.; § 10 VollstrMaßnVO. Prämien für eigene Vermögensschadensversicherung kann der Zwangsverwalter nicht aus der Masse ersetzt verlangen.

Bei der von dem Zwangsverwalter auf seinen Namen abgeschlossenen Vermögensschadensversicherung (die Eigentümer selbst sind haftpflichtversichert) handelt es sich um eine solche, die lediglich seinem persönlichen Interesse dient, ohne eine Beziehung zu dem Grundstück zu haben; was sich schon daraus ergibt, daß die Versicherung am 2. Juni begann, während die vorl. Zwangsverwaltung erst am 21. Nov. angeordnet wurde. Mögen auch Haftpflichtversicherungsprämien grundsätzlich zu den Ausgaben der Verwaltung gehören (Jaeckel-Güthe, Anm. 1 zu § 152 S. 667), so kann das bei der hier streitigen Vermögensschadensversicherung jedenfalls dann nicht gelten, wenn es sich um einen Institutsverwalter nach § 10 VollstrMaßnVO. handelt, der keine Vergütung erhält. Zu den Auslagen gehören die Prämien nicht, da diese sonst durch die Vergütung mit abgegolten werden, bei Wegfall der Vergütung daher nicht in Ansatz gebracht werden können (vgl. auch Schultze-Seifert, Anm. 7 zu § 10 VO.). Es ist Sache des den Verwalter in Vorschlag bringenden Instituts, welches ja ohnehin die diesem obliegende Haftung mitübernehmen muß (§ 10 Abs. 2 VO.), auch die Prämien einer solchen Vermögensschadensversicherung ihres Angestellten zu entrichten. Jedenfalls kann die Zwangsverwaltungsmasse damit nicht belastet werden.

(LG. Berlin, 1. ZK., Beschl. v. 4. Jan. 1935, 201 T 17789/34.)

Ber. von LGR. Dr. Seibert, Berlin.

*

Hamburg

7. § 150 Abs. 2 ZwVerstG.; § 6 ZPO. Klagantrag und Streitwertberechnung in einem die Duldung der Zwangsverwaltung durch den besitzenden Nichteigentümer erstrebenden Klagverfahren.

I. Der Vollstreckungsgläubiger kann den die Durchführung der Zwangsverwaltung hindernden Besitz eines Nichteigentümers durch Erwirkung eines Duldungstitels ausräumen (vgl. Reinhard-Müller, ZwVerstG., 3. und 4. Aufl., § 150 Anm. II 1). Ein besonderer Antrag, den Drittbesitzer zur Besitzüberlassung an den Zwangsverwalter zu verurteilen, erübrigt sich, da sich die Verpflichtung zur Duldung der Zwangsverwaltung in der in § 150 Abs. 2 ZwVerstG. vorgeschriebenen Weise durch Besitzeinweisung vollzieht.

II. Der Wert des Streitgegenstandes wird durch den Wert des Grundstücks und nicht durch den Betrag der Forderung bestimmt, wegen deren die Zwangsverwaltung betrieben wird. Die Best. in § 6 ZPO., daß der Betrag einer Forderung maßgebend ist, insoweit es sich um deren Sicherstellung handelt, kann im Falle der Zwangsverwaltung keine Anwendung finden, da es eine Zwangsverwaltung, die sich auf den Forderungsbetrag beschränkt, nicht gibt. Vielmehr führt jede Zwangsverwaltung ohne weiteres dazu, daß, ehe die dem Zwangsverwaltungsantrage zugrunde liegende Forderung zur Befriedigung gelangt, im Rahmen der in § 10 ZwVerstG. enthaltenen Klassifizierung eine ganze Anzahl weiterer Schulden zu bezahlen ist. Da sonach die Zwangsverwaltung und damit auch die Besitzüberlassung gem. § 150 ZwVerstG. ganz erheblich über den Anspruch des betreibenden Gläubigers hinausgreift, findet die Best. in § 6 ZPO. Anwendung, wonach bei einem Besitzstreit der Wert der Sache maßgebend ist.

(LG. Hamburg, 1. ZK., Urt. v. 14. Dez. 1934, Z Bf I 445/34.)

Ber. von LR. Dr. Lau, Hamburg.

*

M.-Gladbach

8. § 1603 Abs. 1 BGB. Auch Aufwendungen für eine Lebensversicherung sind bei Feststellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen zu berücksichtigen.

Der Bekl., ein Privatangestellter, macht im Unterhaltsprozeß geltend, er habe auch 25 *RM* monatlich für eine Lebensversicherung zu zahlen.

Entgegen der Ansicht des Vorderrichters ist auch die monatlich zu zahlende Lebensversicherungsprämie in Höhe von 24,60 *RM* bei der Feststellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bekl. zu berücksichtigen. Der Abschluß einer Lebensversicherung in angemessener Höhe überschreitet, wenigstens bei einem Privatangestellten, keineswegs die Grenzen eines standesgemäßen Aufwandes. Auch der Gesetzgeber steht auf diesem Standpunkt, denn nach dem EinkStG. können die Versicherungsprämien, soweit sie sich in angemessener Höhe halten, von dem steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden. Der Unterhaltspflichtige kann auch nicht, wie der Vorderrichter anführt, durch den Abschluß einer solchen Versicherung beliebige Teile seines Einkommens von der Verwendung für die gesetzliche Unterhaltsverpflichtung ausscheiden. Diese Gefahr besteht deshalb nicht, weil nur eine Versicherungsverpflichtung in angemessener Höhe zu berücksichtigen ist. Eine Lebensversicherung über 10000 *RM*, wie sie der Bekl. abgeschlossen hat, kann bei seinem Gehalt von 250 *RM* nicht als unangemessen hoch bezeichnet werden.

(LG. M.-Gladbach, 3. ZK., Urt. v. 18. Jan. 1935, 3 S 274/34.)

Ber. von RA. Dr. Sauvageot, Odenkirchen.

*

Oppeln

9. Art. 46 der 6. DurchfVO. z. landwirtschaftlichen Schuldenregelung. Sind wiederkehrende Leistungen nicht in Geld zu erbringen, so hat zwecks Berechnung der Mündelsicherheit der in den Entschuldungsplan aufzunehmenden Rechte das Entschuldungsgericht den Geldwert der Jahresleistung festzusetzen (Art. 46 Abs. 6). Diese Entsch. ist nicht anfechtbar. Sie ist nicht die Grundlage einer Kürzung der Jahresleistung. Eine Kürzung ist nur auf dem Wege der Neufestsetzung der Jahresleistung selbst nach Abs. 4 herbeizuführen. Diese Entsch. ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.

Durch den angefochtenen Beschluß ist der Jahresgeldwert des Altenteils, der für die BeschwF. auf dem Grundstück der obigen

Betriebsinhaber eingetragen ist, auf 750 RM festgesetzt worden, und zwar stützt sich diese Festsetzung auf Art. 46 Abs. 6 Satz 3 der 6. DurchfVO. z. SchRG. Die Altenteilsberechtigte hält den Geldwert für zu hoch berechnet und hat sofortige Beschw. eingelegt.

Es könnte nach dem Wortlaut des Abs. 6 die Ansicht vertreten werden, daß eine Festsetzung des Geldwertes durch das Entschuldungsgericht nur bei Neufestsetzung der Jahresleistung im Falle des Abs. 4 erfolgen könne und der Beschluß, der den Geldwert festsetze, der sofortigen Beschw. des Abs. 4 unterliege. Hiergegen spricht aber die Stellung des Satzes 3 in Abs. 6. Würde er sich nur auf die Neufestsetzungen des Abs. 4 beziehen, so würde nicht ersichtlich sein, warum er seine Stellung nicht im Abs. 4 selbst erhalten haben würde. Abs. 6 des Art. 46 hat folgenden Grund, aus dem dann Schlüsse für die Auslegung zu ziehen sind: Bei der Entschuldung können Lasten vorkommen, die sich nicht nach der Entschuldungsregel des § 14 SchRG. — Umwandlung der Lasten in unkündbare Tilgungsforderungen und Zinsermäßigung — behandeln lassen, z. B. Reallasten, Rentenschulden. Da aber auch sie wegen der Notwendigkeit der Berechnung der Mündelsicherheit der einzelnen in den Entschuldungsplan aufzunehmenden Lasten mit einem festen Kapitalbetrag angesetzt werden müssen, bedurfte es einer Regelung, wie der Kapitalbetrag zu bestimmen sei. Besondere Schwierigkeiten boten hier die nicht in Geld zu erbringenden wiederkehrenden Leistungen, wie sie insbes. Gegenstand der Altenteile sind. Hier läßt sich ein Kapitalwert nur bestimmen, wenn zuvor der Geldwert der Leistungen ermittelt wird. Dieser Geldwert wird je nach der Marktlage schwanken, eine Berechnung ist daher untunlich. Daher lag Grund vor, eine Stelle gesetzlich zu bestimmen, welche den Geldwert der Jahresleistungen festzusetzen hat. Da den Entschuldungsstellen im Gesetz grundsätzlich keine bindenden Entscheidungen übertragen sind, konnte die Entsch. nur dem Entschuldungsgericht übertragen werden, und eine solche Übertragung brauchte besonders, durch eine DurchfVO., nur ausgesprochen zu werden, wenn die Festsetzung des Jahreswertes vor dem Bestätigungsverfahren des § 20 Ges. zu erfolgen hat, denn im Bestätigungsverfahren wird die Beurteilung des Jahreswerts von der Prüfungs- und Entscheidungspflicht des Gerichts von selbst umfaßt. Satz 3 des Abs. 6 des Art. 46 der 6. DurchfVO. hat also zunächst nur Bedeutung für die Prüfung, wieweit jedes in den Entschuldungsplan aufzunehmende Recht mündelsicher ist (vgl. auch AmtlMitt. 1934 Heft 104 S. 96), und das Entschuldungsgericht hat in allen Fällen der nicht in Geld zu erbringenden wiederkehrenden Leistungen des Betriebsinhabers schon während des Schwebens des Verfahrens vor der Entschuldungsstelle zum Zwecke der Aufstellung des Entschuldungsplans und der Berechnung der Mündelsicherheit den Geldwert der Jahresleistung festzusetzen, nicht nur in den Fällen der Neufestsetzung i. S. des Abs. 4. In den Fällen des Abs. 6 Satz 3 bleiben die einzelnen wiederkehrenden Leistungen selbst unberührt, nur der Geldwert der Jahresleistung wird für Rechnungszwecke bestimmt; ob im Entschuldungsplan eine Kürzung stattfindet, richtet sich nur nach Abs. 3 des Art. 46, im Zwangsvergleichsverfahren nach § 29 des Ges., d. h. eine Kürzung ist bei Altenteilen nur möglich, soweit sie als reine Geldleistungen vereinbart sind, denn nicht in Geld zu erbringende Leistungen lassen sich grundsätzlich vernünftigerweise nicht prozentual herabsetzen, wie es Abs. 3 vorsieht. Erscheint eine Kürzung notwendig, so ist dazu, abgesehen natürlich von freiwilliger Vereinbarung der Beteiligten, nur der Weg des Abs. 4 gegeben. In den Fällen des Abs. 4 erfolgt dagegen die Kürzung der Naturalleistungen unmittelbar, und zwar bei und nur bei Neufestsetzungen der Jahresleistung.

Hieraus folgt für die Anfechtbarkeit der Entsch.: die Entsch. nach Abs. 4 des Art. 46 ist mit der sofortigen Beschw. anfechtbar (Satz 3 des Abs. 4), die Entsch. nach Abs. 6 ist unanfechtbar (§ 50 Abs. 1 des Ges.). Sie brauchte auch nicht anfechtbar gemacht zu werden, da sie nicht wie die Entsch. des Abs. 4 in die Rechte des Berechtigten, diese mindernd, eingreift.

Hiernach war die eingelegte Beschw. unzulässig. Sie würde es im übrigen auch deswegen sein, weil die BeschwF. durch den angefochtenen Beschluß nach ihrem eigenen Vorbringen nicht beschwert ist.

(LG. Oppeln, 3. ZK., Beschl. v. 24. Jan. 1935, 5 T 1/35.)

*

Schneidemühl

10. § 52 SchRG. Das GBA. muß dem Ersuchen des Entschuldungsgerichts um Eintragung der im bestätigten Entschuldungsplan aufgeführten Rechte stattgeben.

Das Amts- (Entschuldungs-) Gericht in S. hat gem. § 52 SchRG. auf Grund des bestätigten Entschuldungsplanes das GBA. in S. ersucht, vorher nicht gesicherte Forderungen als unkündbare Tilgungshypotheken in das Grundbuch B. Blatt 90 und 101 einzutragen.

Das GBA. in S. hat gegen diese Eintragungen folgende Beanstandungen erhoben:

a) dem bestätigten Entschuldungsplan fehle der Rechtskraftvermerk;

b) Neueintragungen von Hypotheken fielen nicht unter § 52 SchRG., daher bedurften die Eintragungen nach den Best. der GBO. der Bewilligung und des Antrages des Grundstückseigentümers.

Gegen die Zwischenverfügung hat das Amts- (Entschuldungs-) Gericht in S. Beschw. eingelegt. Zu der Beschw. ist das AG. gem. § 71 GBO. i. Verb. m. § 52 SchRG. legitimiert.

Die Beschwerde hatte Erfolg.

Zu a): Die Bestätigung des Entschuldungsplanes erfolgt endgültig durch das Entschuldungsgericht. Gegen die Bestätigung ist kein Rechtsmittel zulässig. Der Bestätigungsvermerk genügt somit. Er steht einem Rechtskraftvermerk gleich.

Zu b): Wenn auch der § 52 SchRG. nur von dem „Fortfall oder der Änderung der dinglichen Belastung des Grundstücks" spricht, so müssen dem Sinne des Gesetzes entsprechend auch Neueintragungen, die im bestätigten Entschuldungsplane vorgesehen sind, darunter fallen. Nach § 15 SchRG. sind nichtgesicherte Forderungen durch Eintragungen von gleichrangigen Hypotheken an bereitester Stelle zu sichern. Die Bestätigung eines unter Anwendung des § 15 SchRG. aufgestellten Entschuldungsplanes kann nicht durch eine Verweigerung der Eintragungsbewilligung oder des Eintragungsantrages von dem Grundstückseigentümer, der sich durch seinen Antrag dem Entschuldungsplane unterworfen hat, gegenstandslos gemacht werden. Das Ersuchen des Entschuldungsgerichts ersetzt daher die Bewilligung und den Antrag des Grundstückseigentümers. Das GBA. hat dem Ersuchen des Entschuldungsgerichts stattzugeben — es sei denn, daß um Eintragung nichteintragungsfähiger Rechte ersucht wird. Das Ersuchen des Entschuldungsgerichts steht den des Zwangsversteigerungsgerichts und der Enteignungsbehörde gleich. Das Entschuldungsgericht trägt für die Richtigkeit des Ersuchens die alleinige Verantwortung.

(LG. Schneidemühl, Beschl. v. 22. Jan. 1935, 3 T 902/34.)

Ber. von LGDir. Lehmann, Schneidemühl.

Amtsgerichte

Halle a. S.

1. § 928 BGB.; Art. 129 EGBGB. Das Weichbildrecht der Städte erstreckt sich nicht auf herrenlos werdende Grundstücke. Hinsichtlich dieser steht das Aneignungsrecht dem Fiskus zu.

Der Antragsteller hat von dem preußischen Fiskus das Aneignungsrecht an einem durch Verzicht aufgegebenen Grundstücke durch Abtretungsvertrag erworben und seine Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch beantragt. Den Antrag hatte das GBA. mit der angefochtenen Entsch. zurückgewiesen, weil es nicht den Fiskus, sondern die Stadtgemeinde Halle für aneignungsberechtigt erachtet.

Das Grundstück liegt im Weichbilde der Stadt Halle. Da die Stadt Halle vor fast 1000 Jahren gegründet ist, spricht eine Vermutung dafür, daß ihr in vordenklichen Zeiten das sog. Weichbildrecht, d. h. das Recht auf Aneignung herrenloser Grundstücke im Weichbilde der Stadt, verliehen worden ist. Diese Vermutung ist vom Antragsteller nicht widerlegt worden. Die durch die Beschw. veranlaßte erneute Nachprüfung durch das GBA. hat aber ergeben, daß der Umfang des Weichbildrechtes verkannt worden ist.

Die vom BeschwF. zitierte Entsch. des Geheimen ObTrib. v. 20. Aug. 1821 (abgedr. in Simon und v. Strampff, Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe, Bd. I S. 236) spricht ganz allgemein davon, daß der Stadt W. kraft des Weichbildrechtes „alle diejenigen Güter gehören, auf welchen niemand ein besonderes Recht nachzuweisen vermag" (S. 240), auf alle Güter also, „die nur nicht im Privateigentum eines Einzelnen sich befinden".

Das trifft hier zu, denn das Grundstück befindet sich seit dem Verzicht nicht mehr im Privateigentum eines Einzelnen, ein besonderes Recht besteht daran jetzt nicht mehr. Weiterhin sagt aber die Entsch. (die einen anders liegenden Fall behandelt): „Der Fiskus hat das besondere, aus seinem innersten Wesen hervorgehende Vorrecht auf herrenlos werdende Güter." Dieser Satz besagt für das Aneignungsrecht des Fiskus direkt nichts, nachdem für das geltende Recht durch § 928 BGB. i. Verb. m. Art. 129 EGBGB. eine besondere Regelung getroffen worden ist, deren Tragweite Gegenstand der Nachprüfung ist. Wohl aber läßt dieser Satz erkennen, daß das damals erkennende OLG. Naumburg unter dem Weichbildrecht nur das Aneignungsrecht der Stadt an solchen Grundstücken verstehen wollte, die seit langen Zeiten in

Niemandes Eigentum standen. Nur für diese Grundstücke, nicht aber auch für herrenlos werdende Grundstücke, sollte damals der Stadt das Aneignungsrecht zuerkannt werden.

Das GBA. hält diese Begrenzung des Weichbildrechts für zutreffend. Es sieht keinen Anlaß für das heute geltende Recht, den Umfang des Weichbildrechts (dessen Bedeutung nicht durch den Wortlaut eines Gesetzes oder der Verleihungsurkunde, sondern nur durch überlieferte Rechtsanschauung ermittelt werden kann) anders zu bestimmen. Wollte man, wie es das GBA. in der angefochtenen Entsch. tat, der Stadt an allen herrenlosen Grundstücken ein Aneignungsrecht zusprechen, so würde das Aneignungsrecht des Fiskus auf die ländlichen Grundstücke beschränkt sein, die nicht einem besonderen Aneignungsrechte (z. B. Auenrecht) unterliegen. Da der Gesetzgeber aber im BGB. das Aneignungsrecht dem Fiskus und im EGBGB. die landesrechtlichen Ausnahmen zugelassen hat, ging er offenbar davon aus, daß in erster Linie der Fiskus und nur in selteneren Ausnahmefällen eine andere Gemeinheit aneignungsberechtigt sein soll. Der Gesetzgeber mag hierbei an die besonderen landesrechtlichen Verhältnisse der vormaligen Provinz Westpreußen und Danzigs gedacht haben.

Daß das Weichbildrecht sich nicht auf herrenlos werdende Grundstücke beziehen soll, kann auch einer königlichen Kabinettsorder aus dem Jahre 1825 (abgedr. bei v. Kamptz, Annalen 1825, S. 605) entnommen werden. Durch diese Kabinettsorder wird nämlich den Gemeinden der westlichen Provinzen das Aneignungsrecht an solchen Grundstücken verliehen, die „nach der Katastervermessung als herrenlos entdeckt werden". Nicht mit verliehen ist also das Aneignungsrecht an durch Verzicht herrenlos gewordenen Grundstücken. Da die Order vermutlich den mittelalterlichen Weichbildrechtsverleihungen nachgebildet war, kann sie zur Best. des Umfanges des alten Weichbildrechtes ergänzend mit herangezogen werden.

Die in der angefochtenen Entsch. vertretene Auffassung über ein allgemeines Aneignungsrecht der alten Städte an allen herrenlosen Grundstücken des Weichbildes (so anscheinend auch Mertens: Recht 1913, 201; Güthe-Triebel, GBO., 5. Aufl.; Wolff, Sachenrecht 1929 § 63 Anm. 11) hält deshalb einer nochmaligen Nachprüfung nicht stand.

(AG. Halle a. S., Abt. 16, Beschl. v. 19. Jan. 1935, Bl. 6267/17 (20).)

Eingef. von GerAss. Dr. Sommer, Halle a. S.

B. Arbeitsgerichte

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

1. § 138 BGB. Ein Wettbewerbsabkommen zwischen Zahntechnikern (Dentisten) verstößt nicht gegen die guten Sitten. Zahntechniker üben ein Heilgewerbe aus und werden von der Volksanschauung den approbierten Zahnärzten grundsätzlich nicht gleichgestellt.†)

Die grundsätzliche Unzulässigkeit jedes Wettbewerbsabkommens hat die Rspr. des RG. bisher außer für RA. für approbierte Ärzte angenommen, wobei sie letzteren die approbierten Zahnärzte gleichgestellt hat (RG. 66, 141[1]); 68, 186[2]). Dagegen hat sie eine gleiche Behandlung der nicht approbierten Zahnheilkundigen abgelehnt, und zwar sogar der sog. amerikanischen Zahnärzte, d. h. derjenigen Zahnheilkundigen, die in Amerika den akademischen Doktortitel erworben haben, mögen sie auch im Einzelfall „von dem urteils- und zahlungsfähigen Publikum mit Recht deutschen Zahnärzten mindestens gleichgewertet werden" (RG. 70, 339[3])). Das BG. sieht eine unterschiedliche Behandlung der Dentisten gegenüber Ärzten und Zahnärzten in bezug auf die Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbotes infolge inzwischen veränderter Stellung der ersteren als mit den heutigen Anschauungen nicht mehr vereinbar an und hat deshalb das Wettbewerbsabkommen der Parteien vom 1. März 1932 als sittenwidrig und mithin nach § 138 BGB. nichtig erachtet. Hiergegen richtet sich der Hauptangriff der Rev.

Die Entsch. ist unter dem Gesichtspunkt zu finden, ob das allgemeine Volksbewußtsein schon heute dahin geht, daß der Zahntechniker — gemeint ist immer der sog. Dentist, der nicht nur technische Arbeiten für Zahnärzte oder Zahnheilkundige anfertigt, sondern selbst die Zahnheilkunde ausübt — seinen Beruf nicht als Gewerbe, also nicht in erster Linie zum Gelddverdienen, sondern aus höherer sittlicher Auffassung heraus im Dienste des Gemeinwohls ausübt, daß also seine Berufsausübung sich nicht nach den wirtschaftlichen Anschauungen des Erwerbslebens richtet und es von allen billig und gerecht Denkenden als anstößig empfunden wird, wenn er durch ein Wettbewerbsabkommen, wie es im Erwerbsleben zulässig und nicht selten ist, in der freien Ausübung der Praxis eingeschränkt wird. Eine so aus dem allgemeinen Erwerbsleben herausgehobene Stellung hat die Rspr. für die deutschen approbierten Ärzte angenommen. Diese sind tatsächlich Träger geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls. Zahlreiche gesetzliche Best., wie sie das RG. in seiner grundlegenden Entsch. v. 11. Juni 1901 (RG. 66, 150[4])) schon für die damalige Zeit anführt, zeigen, daß auch die nicht beamteten Ärzte auf dem Gebiet der Gesundheitspflege eine besondere Stellung mit stark öffentlich-rechtlichem Einschlag einnehmen. Sie sind durch die staatliche Approbation als wissenschaftlich und praktisch für die öffentliche und private Heilbehandlung ausgebildet und als besonders zuverlässig nach außen hin gekennzeichnet. In ihren Kreisen hat sich ein in besonderem Maße von sittlichen Anschauungen getragenes Bewußtsein erhöhter Standespflichten gegenüber der Allgemeinheit seit alters herausgebildet. Für die Innehaltung dieser Pflichten sorgen staatlich eingesetzte Ehrengerichte, die von jeher das Eindringen rein gewerblicher Gesichtspunkte von der ärztlichen Berufsauffassung ferngehalten und sowohl den Verkauf einer ärztlichen Praxis als auch die Fesselung der ärztlichen Berufsausübung durch vertragliche Wettbewerbsverbote als mit der sittlichen Würde des Ärzteberufes unvereinbar angesehen haben. Diese Auffassung von der sittlichen Höhe des über gewerbliche Unternehmen herausgehobenen Ärzteberufes hat, wie das RG. besonders hervorhebt, nicht nur im Kreise der Ärzte selbst sich allgemein durchgesetzt, sondern ist Gemeingut des ganzen deutschen Volkes geworden. Auch die Zahnärzte haben eine besondere, wenngleich nicht so umfassende wissenschaftliche Vorbildung und bedürfen zu ihrer Berufsausübung einer staatlichen Approbation. Sie sind gleichfalls Ärzte, nämlich Fachärzte, unterstehen den gleichen Standes- und Sittenanschauungen wie die übrigen Ärzte und werden im allgemeinen Volksbewußtsein wie Ärzte bewertet.

Nun ist freilich nicht zu verkennen, daß der Stand der Zahn-

Zu 1. Der Wandel der Anschauungen über Gesundheitsdienst und Heilwesen hat es mit sich gebracht, daß in den letzten Jahren auch die soziale Stellung der Zahntechniker oder Dentisten in Fluß geraten ist. Dabei hat sich die Erörterung hier, entsprechend dem Urteilstatbestand, zu beschränken auf solche Dentisten, die in eigener Praxis oder als Angestellte die Zahnheilkunde selbst ausüben und nicht nur für andere Zahnärzte oder Dentisten zahntechnische Arbeiten (Herstellung von Zahnersatzstücken usw.) in sog. Laboratorien ausführen, ohne mit dem Patienten in Berührung zu kommen. Das RArbG. zeigt sich vertraut mit den Bestrebungen, den Dentisten eine gegen früher gehobene Stellung zuzuerkennen und sie schließlich den approbierten Zahnärzten — und damit den approbierten Ärzten überhaupt — gleichzustellen. Es hält aber dafür, daß diese Entwicklung noch nicht so weit fortgeschritten ist, daß daraus Folgerungen für die Beurteilung einer Wettbewerbsabrede gezogen werden könnten, die ein angestellter Dentist auf sich genommen hat. Hierin dürfte dem Gericht beizustimmen sein. Berücksichtigung verdient schon der Zeitpunkt, zu dem sich der zu beurteilende Lebensvorgang abgespielt hat. Der verklagte Dentist, früherer angestellter „Praxisleiter" (zur Erfüllung der Zulassungsvoraussetzung aus § 123 RVO.) in der dentistischen Praxis der selbst als Zahntechnikerin ausgebildeten Kl., hatte sich am 1. März 1932 in seinem Anstellungsvertrage verpflichtet, während dreier Jahre nach seinem Ausscheiden weder am Sitze der Praxis seiner Arbeitgeberin noch im Umkreise von 20 km selbständig, als Teilhaber oder als Angestellter dentistisch tätig zu werden; alsbald nach seinem Ausscheiden am 1. Dez. 1933 eröffnete er am gleichen Orte wie die Kl. eine eigene dentistische Praxis. Die Frage der Gültigkeit oder Sittenwidrigkeit der Wettbewerbsabrede kann zweifellos nicht nach dem Stande der Anschauungen beim Vertragsabschluß allein entschieden werden; inzwischen geläuterte Anschauungen können die ursprünglich einwandfreie Klausel nichtig gemacht haben. Entscheidend ist vielmehr der Zeitpunkt des begonnenen Wettbewerbs, nicht etwa der des Revisionsurteils. Damals nun, im Dezember 1933, hatte sich das allgemeine Volksbewußtsein sicher noch nicht dahin gewandelt, daß die Dentisten nach ihrer Berufsstellung und ihrem Berufsethos den Zahnärzten und Ärzten wesentlich gleichzustellen seien und deshalb ihre Bindung im Wettbewerb wie bei jenen sittenwidrig sei. Zwar war schon die VO. über die Zulassung von Zahnärzten und Zahntechnikern zur Tätigkeit bei den Krankenkassen v. 27. Juli 1933 (RGBl. I, 541) ergangen, die beide Berufsgruppen in gewisser Weise einheitlich behandelt. Zugleich mit ihr erging aber die VO. über die Kassenzahnärztliche Vereinigung Deutschlands (RGBl. I, 540), die nur die approbierten Zahnärzte und nicht auch mit ihnen oder in einer gleichartigen Vereinigung die Dentisten (Zahntechniker) öffentlich-rechtlich zusammenfaßte. Auch in der ZulassO. selbst wird ein deut-

[1]) JW. 1907, 473. [2]) JW. 1908, 324. [3]) JW. 1909, 215. [4]) JW. 1907, 475.

techniker (Dentisten) sich seit der Entsch. des RG. v. 26. Febr. 1909 (RG. 70, 339 [5])), die die erwähnte scharfe Trennung zwischen diesen und den Zahnärzten macht, inzwischen nicht unwesentlich gehoben hat. Die Zahntechniker (Dentisten) haben sich in dem Reichsverband deutscher Dentisten eine gefestigte Standesorganisation geschaffen und ihre Vorbildung verbessert. Durch die RVO., und zwar schon in deren ursprünglicher Fassung v. 19. Juli 1911, haben sie eine besondere Stellung in der öffentlichen Gesundheitspflege insofern eingeräumt erhalten, als sie, wenigstens im Falle besonderer behördlicher Anerkennung, im Bereich der öffentlich-rechtlichen Krankenversicherung zur Behandlung von Zahnkrankheiten neben den Zahnärzten zugelassen sind. Diese Anerkennung ist heute wohl allgemein (für Preußen s. Amtbl. des preuß. Min. f. Volkswohlfahrt 1920, 370) von einer staatlichen Prüfung der Zahntechniker abhängig gemacht. Nach § 23 ZulassungsO. v. 27. Juli 1933 (RGBl. I, 540) müssen sogar Zahntechniker in einem bestimmten Verhältnis neben den Zahnärzten, nämlich vier Zahntechniker auf sechs Zahnärzte, zur Behandlung von Krankenkassenmitgliedern in freier Praxis zugelassen werden. Gleichwohl sind zwischen Zahnärzten und Zahntechnikern in ihrer öffentlich-rechtlichen Anerkennung noch erhebliche Unterschiede verblieben. So darf die Zahnbehandlung seitens der öffentlichen Krankenkassen durch einen Zahntechniker nur mit Zustimmung des Kranken erfolgen; von der Behandlung von Mund- und Kieferkranken sind die Zahntechniker ausdrücklich ausgeschlossen. Sie erhalten auch ferner keine wissenschaftliche, sondern nur eine praktische Ausbildung und es fehlt ihnen die eine besonders zuverlässige wissenschaftliche Heilbehandlung verbürgende staatliche Approbation. Daß sich auch nur im Kreise der staatlich geprüften und auf Grund von § 123 RVO. anerkannten Zahntechniker heute schon eine gleich hohe sittliche Berufsauffassung wie die der Ärzte durchgesetzt und daß sie im Volke allgemeine Anerkennung gefunden hat, kann nicht festgestellt werden. Für die Berufsausübung der Zahntechniker bleiben noch heute in weitem Maße gewerbliche Anschauungen maßgebend. Der Zahntechniker übt danach ein wirkliches Heil*gewerbe* aus und wird im Volke mit dem approbierten Zahnarzt grundsätzlich nicht auf gleiche Stufe gestellt. Es trifft auch nicht zu, daß, wie das BG. anzunehmen scheint, der Zahntechniker als den werktätigen Schichten des Volkes nahestehend und ihr Vertrauen in besonderem Maße genießend, von diesen Schichten dem approbierten Zahnarzt allgemein vorgezogen würde. Nach alledem kann nicht davon die Rede sein, daß die vertragliche Beschränkung der Berufsausübung eines Zahntechnikers im Volke allgemein als anstößig empfunden wird und daher nach § 138 BGB. ohne weiteres als sittenwidrig rechtsungültig ist; vielmehr ist an der oben erwähnten Trennung, die das RG. zwischen den Zahntechnikern und Zahnärzten gemacht hat, weiter festzuhalten.

(RArbG., Urt. v. 7. Nov. 1934, RAG 167/34. — Hannover.)

---

licher Unterschied gemacht. Denn wenn (§ 23) auf je 15 000 Krankenkassenmitglieder insgesamt 10 Zahnärzte und Zahntechniker zugelassen werden, zwischen beiden aber eine „Gruppenverhältniszahl" von 6:4 festgesetzt wird, so bedeutet das eben eine unterschiedliche Behandlung beider Gruppen und eine deutliche Höherbewertung der approbierten Zahnärzte, wie sie auch dem Sinne der bis heute unverändert gebliebenen §§ 122, 123 RVO. entspricht. Weiter aber war die Entwicklung der Gesamtstellung der Dentisten bis zum entscheidenden Zeitpunkte noch nicht gediehen. Inzwischen hat der RArbM. in einem Erl. v. 15. Aug. 1934 (II 7206/34) auf Betreiben der interessierten Verbände angeordnet, daß nun auch im amtlichen Sprachgebrauch das Wort „Zahntechniker" durch das Wort „Dentisten" (entsprechend dem Eigensprachgebrauch dieser Gruppe) ersetzt werden soll; in die Texte von Gesetzen und Verordnungen freilich soll der neue Ausdruck erst allmählich, bei ohnehin gegebener Gelegenheit, aufgenommen werden. Eine sachliche Änderung der Rechtsstellung der Dentisten bedeutet die neue amtliche Bezeichnung nicht. Wohl aber läßt sie eine erhöhte amtliche Wertschätzung erkennen. Die eigentliche Reform in der Berufs- und Rechtsstellung der Dentisten steht noch bevor. Doch zeichnen sich die Linien der künftigen Entwicklung noch keineswegs klar ab — ähnlich wie ja auch die künftige Stellung der nichtärztlichen Heilbehandler noch keineswegs endgültig geklärt erscheint. Die Hauptfrage liegt auf dem Gebiet der künftig von den Dentisten zu fordernden Ausbildung. Bleibt diese als eine mehr praktische verschieden von der wissenschaftlichen Ausbildung der Zahnärzte, so bleibt der Sache nach, trotz etwaiger Gleichstellung in vielen rechtlichen Beziehungen, ein Wesensunterschied zwischen beiden Gruppen, der sich gerade auch in der Berufshaltung zeigen kann. Die Eigenart der zahnärztlichen wie der ärztlichen Berufshaltung wird zutreffend in dem Zurücktreten des Erwerbsstrebens hinter das Ethos des Dienstes am Gemeinwohl gesehen. Ob eine solche sittliche, dem Materiellen abgewandte Haltung sich bei einer vorwiegend praktischen, auf technische Fertigkeiten gerichteten Ausbildung entwickeln kann, ist wohl zweifelhaft. Selbst wenn aber nach der künftigen Ausbildung die Dentisten den Zahnärzten vollkommen gleichstehen, bleibt der soziologische und ideologische Unterschied für die „alten", noch nicht nach den neuen Gesichtspunkten ausgebildeten und nur möglicherweise formalrechtlich gleichgestellten Dentisten bestehen. Hinzu kommt ein weiteres: mag das Streben der Dentisten nach beruflichem Aufstieg sich noch so stark durchsetzen und in neuen Regelungen seinen Niederschlag finden, so wird es doch längere Zeit dauern, bis auch die allgemeine Anschauung, die Volksüberzeugung den Angehörigen der bisherigen Gruppe der Zahntechniker die gleiche Stellung und die gleichen Vorrechte einräumt wie den Zahnärzten und Ärzten. Aus all diesen Gründen ist die vorsichtige, konservative Haltung des RArbG. durchaus beifallswürdig, auch wenn sie vielleicht auf den ersten Blick zaghaft, rückständig oder formaljuristisch erscheinen mag.

Hat sich aber die Gleichstellung der Dentisten mit den approbierten Zahnärzten bisheriger Art durchgesetzt, so ist damit die letzte Entscheidung über die wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines Verhaltens wie das des Bekl. kaum schon gefallen. Denn daß — nach feststehender Rspr. — Wettbewerbsbeschränkungsabkommen bei Rechtsanwälten, Ärzten und Zahnärzten unzulässig sind, hat seinen Grund neben dem Berufsethos dieser Gruppen auch in den Verhältnissen, unter denen diese Berufe üblicherweise ausgeübt werden. Schon beim Zahnarzt scheinen gewisse Unterschiede gegenüber Ärzten zu bestehen, denen durch die Standesordnung die ständige Verwendung von Assistenten in der gewöhnlichen Praxis im allgemeinen verwehrt ist. Eine dentistische Praxis gar von üblicher Gestalt kommt heute ohne angestellte dentistische Hilfskräfte kaum aus. Bleibt es dabei, so lassen sich Gründe denken, die auch künftig für die Anerkennung von Wettbewerbsbeschränkungen zwischen dem Praxisinhaber und angestellten Dentisten sprechen. Denn daß es solchen Angestellten freistehen soll, jederzeit am gleichen Ort eine Wettbewerbspraxis aufzumachen und ihre Kundschaftskenntnisse darin auszunutzen, die nur im bisherigen Dienste erworben sind, dürfte mit den allgemeinen Anschauungen von guter Sitte und Treu und Glauben nicht zu vereinbaren und durch die Erfordernisse eines im Dienste des Gemeinwohls auszuübenden Berufes nicht schlechthin gedeckt sein. Wenn auch der Beruf des Arztes usw. kein Gewerbe im rechtstechnischen Sinn ist und die Absicht des Geldverdienens dabei zurücktritt, so übt doch auch der Arzt, Zahnarzt und Dentist — wie das RG. 144, 2 neuerdings anerkannt hat — ein Erwerbsgeschäft i. S. des BGB. aus. Dann müssen ihm aber irgendwelche Behelfe gegen anstößigen Wettbewerb früherer Gehilfen zur Verfügung stehen. Gewiß kommen nicht die Sondervorschriften der GewO. über Wettbewerbsabreden mit Angestellten zur Anwendung. Über die Anwendbarkeit der entsprechenden Vorschriften des künftigen Arbeitsvertragsgesetzes kann noch nichts vorausgesagt werden. Die bisherige Rspr. wendet sich vorwiegend gegen die Gültigkeit vertraglicher Beschränkungen des Wettbewerbs. Die gesetzlichen Beschränkungen aber, die sich aus dem allgemeinen bürgerlichen Recht und aus dem UnlWG. ergeben, erscheinen auch im dentistischen wie im ärztlichen und zahnärztlichen Bereich — auch für die Zukunft — nicht ausgeschlossen.

Prof. Dr. Lutz *Richter*, Leipzig.

Arbeitsgerichte

Fürth

1. § 56 ArbOG. *Bei der Kündigungswiderrufsklage stehen die Verhältnisse des Betriebs im Vordergrund. Der Beschäftigte, der in einem Konkurrenzbetrieb seiner Tochter mitarbeitet, kann der Kündigung nicht widersprechen.*

Die formellen Voraussetzungen der Klage auf Widerruf der Kündigung nach § 56 ArbOG. sind gegeben. Zur Entsch. steht lediglich die Frage, ob die Kündigung unbillig hart und durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist. Das Gesetz läßt einen Widerruf der Kündigung dann zu, wenn die Kündigung unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist. Das bedeutet nicht, daß *beide* Voraussetzungen erfüllt sein müssen, sondern ein Widerruf der Kündigung kann schon dann nicht ausgesprochen werden, wenn es nur an einer Voraussetzung fehlt, nämlich, daß die Kündigung keine unbillige Härte bedeutet oder daß die Verhältnisse des Betriebs die Kündigung bedingen (vgl. *Hueck-Nipperdey-Dietz*, ArbOG. Anm. 10 zu § 56; *Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause*, ArbOG. S. 501 oben). Durch das ArbOG. ist der *Betrieb* in den *Vordergrund* gestellt worden, es entspricht dem Sinne des Gesetzes, zuerst die Frage zu beantworten, ob die Verhältnisse des Betriebes die Kündigung bedingen. Wenn die Ver-

[5]) JW. 1909, 215.

hältnisse des Betriebes die Kündigung bedingen, so muß selbst die härteste Unbilligkeit hinter die Notwendigkeiten des Betriebs zurücktreten. Es ist für die Gesamtheit wesentlich, daß der Betrieb in Gang gehalten wird und somit die Gefolgschaft Brot und Arbeit hat, das Wohl des einzelnen muß unbedingt dahinter zurücktreten. Die Verhältnisse des Betriebs haben hier die Kündigung bedingt. Es mag richtig sein, daß die Tochter des Kl. das Vervielfältigungsbüro in eigener Rechnung betreibt, wenn auch erhebliche Zweifel darüber bestehen, ob nicht die Tochter nur vorgeschoben ist und der Kl. selbst unter dem Namen seiner Tochter in seiner freien Zeit das Vervielfältigungsbüro betreibt. Es mag auch zutreffen, daß ein Vervielfältigungsbüro kein unmittelbares Konkurrenzunternehmen eines Druckereibetriebes ist; eine Druckerei vervielfältigt auf andere Weise. Trotzdem wird durch die Mitarbeit des Kl. in dem angeblich seiner Tochter gehörigen Vervielfältigungsbüro der Betrieb, in dem er bisher beschäftigt war, gefährdet. Die Vervielfältigungsbüros sind eine schwere Konkurrenz für die Druckereien. Viele Firmen lassen ihre Werbeschriften nicht mehr drucken, sondern lassen sie durch Vervielfältigungsbüros im Abziehverfahren oder sonst wie vervielfältigen. Jedermann kann in seinem Briefkasten derartige Werbeschriften vorfinden. Diese Art der Vervielfältigung ist billig. Dies hat der Kl. selbst anerkannt. Es wird dadurch den Druckereien ein gewisser Teil ihrer Kundschaft weggenommen. Der Mangel an Aufträgen wirkt sich dann selbstverständlich auf das Wohl des Betriebes aus und auch auf die Zahl der dort Beschäftigten. Der Kampf der Druckereien gegen die Vervielfältigungsbüros ist vom Standpunkt eines Druckereibetriebes aus verständlich. Es kann keinem Betrieb verwehrt werden, daß er einem an hervorragender Stelle stehenden Mann kündigt, der seine freie Zeit dazu benützt, ein Vervielfältigungsbüro zu betreiben. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieses Vervielfältigungsbüro gerade dieser Firma nun Konkurrenz macht, obwohl dies auch hier sicher der Fall war. Es ist nun zwar hier nicht zu widerlegen, daß die Tätigkeit des Kl. sich in dem von ihm selbst angegebenen Rahmen gehalten hat, aber gerade diese Tätigkeit erlaubt der Tochter überhaupt erst das Führen des Büros. Der Kl. ist ein Mann vom Fach, die Tochter anerkanntermaßen nicht. Das Abziehen von Schriften allein macht noch kein Vervielfältigungsbüro. Zur Herstellung von Werbeschriften sind Zeichnungen und besondere Anordnungen der Schrift durchaus erforderlich. Gerade diese Arbeiten aber macht auf Grund seiner Fachkenntnisse der Kl. Das Gericht ist der Überzeugung, daß er einem solchen Mann gleichzustellen ist, der selbst ein Geschäft betreibt. Denn mit seiner Tätigkeit steht und fällt das Geschäft seiner Tochter. Die Verhältnisse eines Druckereibetriebes bedingen sonach die Kündigung eines Arbeiters, der in seiner freien Zeit durch seine Tätigkeit ein Vervielfältigungsbüro unterstützt und seinen Betrieb überhaupt erst ermöglicht. Die Kündigung kann also nicht widerrufen werden. Auf die Frage der unbilligen Härte hat es nicht mehr anzukommen. Die Klage war abzuweisen, § 56 ArbOG.

(ArbG. Fürth, Urt. v. 15. Okt. 1934, PrReg 108/34.)

Ber. von RA. Dr. O. *Stritzke*, Nürnberg.

C. Verwaltungsbehörden u. Verwaltungsgerichte

I. Reich

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten *Arlt* und *Bodenstein* und den Reichsfinanzräten *Ott* und *Sölch*

[>< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. § 6 ErbschStG. *Bei der Auflösung eines preußischen Fideikommisses hat der Nachfolger, in dessen Hand das Fideikommiß beim Eintritt der Nachfolge freies Vermögen wird, die Substanzsteuer zu zahlen.*

Die am 24. März 1930 verstorbene Mutter des BeschwF. war Inhaberin eines preuß. Fideikommißguts M. Nach ihrem Tode ging dieses Gut entsprechend der Stiftungsurkunde auf den BeschwF. über und wurde in dessen Hand gem. § 1 PrVO. über die Zwangsauflösung der Familiengüter und Hausvermögen v. 19. Nov. 1920 (GS. 463) freies Vermögen. Bei der Veranlagung zur Erbschaftsteuer hat das FinA. den BeschwF. gem. § 6 ErbschStG. nach dem Nießbrauchswert des Gutes besteuert. Streitig ist dabei geblieben, ob von dem hiernach festgestellten Wert der Bereicherung aus der Nachfolge in das Fideikommiß Schulden der Erblasserin in Höhe von 167 830 *RM* abgezogen werden konnten. FinA. und FinGer. haben dies verneint. Mit der Rechtsbeschwerde wird erneut die Zulassung dieses Abzugs und damit Freistellung des BeschwF. von der Erbschaftsteuer beantragt.

Eine Entsch. über die streitige Frage erübrigt sich, weil die Vorbehörden den BeschwF. zu Unrecht zur Nießbrauchsteuer statt zur Steuer nach dem Substanzwert des Gutes herangezogen haben. Allerdings konnten sie sich für ihr Vorgehen auf das Gutachten des 1. Sen. v. 23. Juni 1921, I D 1/21 (RFH. 6, 292), und auf mehrere vom gleichen Senat gefällte Urt. berufen, in denen die Auffassung vertreten ist, daß bei der Zwangsauflösung eines preuß. Fideikommisses der Nachfolger, in dessen Hand das Vermögen frei wird, nur die Nießbrauchsteuer zu zahlen habe. Der erk. Sen. hat aber bereits in seinem Urt. v. 4. Okt. 1934, III e A 53/33[1]), das im RStBl. 1934, 1441 abgedruckt und auch zur Veröffentlichung in der Amtl. Sammlung bestimmt ist, ausgeführt, daß er sich der Rechtsauffassung des 1. Sen. nicht anschließen kann. Die dort für die bayer. und württ. Fideikommisse gemachten Ausführungen haben auch für die preuß. Fideikommisse Geltung. § 1 Abs. 1 PrZwAuflVO. lautet: „Das Fideikommißvermögen geht beim Wegfalle des am 1. April 1921 vorhandenen Besitzers auf den zunächst folgeberechtigten Abkömmling des Besitzers über und wird in dessen Hand freies Vermögen."

Dieser Wortlaut zwingt nicht zu der Auslegung, daß das Fideikommiß *als solches* auf den nächsten Anwärter übergehen und erst *nach* dem Übergang freies Vermögen werden soll. Vielmehr kann man bei unbefangener Auslegung die Vorschrift nur dahin verstehen, daß der Anwärter gleichzeitig mit dem Übergang des Vermögens das freie Verfügungsrecht darüber erwirbt. Dieser Beurteilung steht auch der Abs. 2 dieser Vorschrift nicht entgegen, auf den der 1. Sen. in seinem Gutachten weiterhin zur Begründung seiner Ansicht hinweist. Denn wenn dort bestimmt ist, daß in gewissen Ausnahmefällen der zunächst berufene Anwärter die freie Verfügung über das Vermögen erst nach dem Übergang oder auch gar nicht erwerben soll, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß nicht in den Regelfällen des Abs. 1 das anfallende Vermögen als freies erworben wird. In dem Urt. v. 7. Mai 1931, I e A 144/30 (*Mrozeks* Kartei, ErbschStG. 1925 § 6 R. 4), das ebenfalls die Nachfolge in ein preuß. Fideikommiß behandelt, hat der 1. Sen. zur Begründung seiner Ansicht noch angeführt, die Auflösung der Fideikommisse und ihre Überführung in das freie Eigentum finde auf Grund besonderer gesetzlicher Anordnungen statt und stelle sich deshalb nicht als erbrechtlicher Erwerb dar. Es ist richtig, daß die bei der Auflösung eines Fideikommisses eintretende Überführung in das freie Eigentum *als solche* keine Erbschaftsteuerpflicht auslöst, es sei denn, daß der Tatbestand des § 3 Abs. 1 Ziff. 8 ErbschStG. gegeben ist. In Fällen der vorliegenden Art bildet aber nicht die Überführung in das freie Eigentum den Gegenstand der Besteuerung, sondern gem. § 2 Abs. 1 Ziff. 2 ErbschStG. der Erwerb auf Grund der Nachfolge in das Fideikommiß. Als Erwerb gilt nach § 10 Abs. 3 ErbschStG. die Bereicherung des Erwerbers, und diese Bereicherung besteht, da er das Fideikommiß als freies Eigentum erwirbt, in dem Substanzwert des erworbenen Vermögens, nicht lediglich in dessen Nießbrauchswert. Deshalb widerspricht auch, wie in dem angeführten Urt. des Sen. v. 4. Okt. 1934 dargelegt ist, in solchen Fällen ein Anwendung des § 6 ErbschStG. dem Zweck und der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Vorschrift. Der Nachfolger erwirbt mit dem Erbanfall freies Eigentum am Fideikommißvermögen. Es besteht kein Anlaß, ihn steuerlich günstiger zu stellen als einen sonstigen Erwerber ungebundenen Vermögens.

Hiernach beruht das angefochtene Urt. auf rechtsirrtümlicher Anwendung des § 6 ErbschStG. Gleichwohl führt dieser Mangel nicht zu seiner Aufhebung, weil sich bei richtiger Beurteilung der Rechtslage eine höhere Steuer als die veranlagte ergibt und der Senat durch § 243 Abs. 3 RAbgO. gehindert ist, hieraus Folgerungen zu ziehen. Bei einer Veranlagung nach dem Substanzwert des Fideikommißguts ist von dessen Einheitswert auszugehen, von dem dann selbstverständlich neben den sonstigen bereits zugelassenen Abzügen auch die auf den BeschwF. übergegangenen Schulden der Erblasserin abgesetzt werden können. Der Einheitswert 1928 ist in den Akten vom BeschwF. mit 769 700 *RM*, vom FinA. mit 765 200 *RM* angegeben. Werden hiervon entsprechend den Anträgen des BeschwF. Beträge von insgesamt 207 655 *RM* abgesetzt, so ergibt sich ein Reinerwerb, der den vom FinA. ermittelten und vom FinGer. bestätigten Reinerwerb von 133 185 *RM* unter allen Umständen so erheblich übersteigt, daß weitere Erhebungen über die richtige Höhe des Einheitswerts unterbleiben können.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 6. Dez. 1934, III e A 63/33.)

*

2. § 18 Abs. 1 Nr. 14, Abs. 2 ErbschStG. *Der den Lebensverhältnissen und der Lebensstellung des Bedachten entsprechende Unterhalt wird nicht schlechthin durch sein oder seines Ehegatten Beamtengehalt begrenzt.*

Die BeschwF. — Tochter eines Rittergutsbesitzers — erhält seit dem 1. März 1930 von einer weitläufigen Verwandten einen jederzeit widerruflichen Zuschuß von jährlich 4000 *RM*, sie ist wegen der bis einschließlich Sept. 1933 empfangenen Zuschüsse zur Schenkungssteuer herangezogen worden. Ihr Ehemann bezieht ein Jahresgehalt von etwa

[1]) JW. 1935, 76[4].

7000 *RM* — außer Kinderzulage und Wohnungsgeld —; von vier Kindern — Jungen im Alter von 9—12 Jahren — besuchen drei das Gymnasium, das vierte im dritten Schuljahr die Volksschule. Die BeschwF. verlangt Schenkungssteuerfreiheit nach § 18 Abs. 1 Nr. 14 und Abs. 2 ErbschStG., wonach steuerfrei bleiben „Zuwendungen unter Lebenden zum Zwecke des angemessenen Unterhalts“, wobei nach Abs. 2 angemessen „eine den Lebensverhältnissen und der Lebensstellung der Bedachten entsprechende“ Zuwendung ist. Die Vorbehörden haben den Anspruch abgelehnt, das FinG. wesentlich mit der Begr., daß für die Frage, welches Maß von Unterhalt den Vermögensverhältnissen und der Lebensstellung der Bedachten entspreche, die in den Kreisen der Bedachten übliche Lebenshaltung entscheidend sei, daß das Gehalt eines unkündbar auf Lebenszeit angestellten Beamten im allgemeinen die in seinen Kreisen übliche und ausreichende Lebenshaltung gewährleiste, wenn auch zuzugeben sei, daß ein Einkommen von jährlich 7000 *RM* zur Bestreitung eines der Lebensstellung entsprechenden Unterhalts der starken Familie, besonders infolge der erheblichen Gehaltskürzungen seit Beginn 1931, schon unter normalen Umständen schwer ausreichen möge und bei Hinzutritt außergewöhnlicher Belastungen in den meisten Fällen nicht mehr ausreichen werde, ferner, daß bei der Bedachten besondere persönliche Verhältnisse, die sie zur Bestreitung des angemessenen Unterhalts auf fremde Zuschüsse anwiesen, nicht vorlägen.

Die RBeschw. ist begründet. Für die Prüfung der Angemessenheit der Unterhaltsleistungen sind die Vermögensverhältnisse und die Lebensstellung der bedachten Ehefrau maßgebend, aber die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Ehemannes dürfen dabei mit Rücksicht auf seine Unterhaltspflicht nicht unbeachtet bleiben. In dem Urt. III e A 19/33 v. 20. Sept. 1934 [1]) hat der Sen. zum Ausdruck gebracht, daß nicht unterstellt werden dürfe, daß die Bedachte durch ihre Verheiratung ohne weiteres ihren bisherigen Lebenskreis völlig verlassen habe und die Angemessenheit ausschließlich nach dem Lebenszuschnitt in den Kreisen, denen ihr Ehemann angehöre, beurteilt werden müsse, daß aber dann kein Anlaß mehr für eine Zuwendung bestehe, wenn eine Lebenshaltung, wie sie in wohlhabenderen bürgerlichen Kreisen üblich sei, der Ehefrau schon durch ihren Unterhaltsanspruch gegen den Ehemann gesichert sei; die Beurteilung der Vermögensverhältnisse und der Lebensstellung des Bedachten müsse ihre Grenze haben, weil sich sonst eine ungerechtfertigte Begünstigung wirtschaftlich ohnehin gut gestellter Personen ergeben würde, die gerade in der heutigen Zeit allgemein als unbillig empfunden werden müßte; da andererseits ein um so größerer Zuschuß für die Lebenshaltung des Bedachten notwendig sei, je geringer sein und seines unterhaltspflichtigen Ehegatten Einkommen sei, und da der Ehemann der Bedachten ein Jahresgehalt von 5520 *RM* beziehe, so entspreche der ihr gewährte Zuschuß (von durchschnittlich jährlich 5700 *RM*) ihren Vermögensverhältnissen und ihrer Lebensstellung, ohne daß etwa gesagt werden könne, daß ihr damit eine höhere Lebenshaltung ermöglicht werde, als sie in wohlhabenderen bürgerlichen Kreisen üblich sei.

An dieser Auffassung, soweit sie grundsätzlicher Natur ist, ist festzuhalten. Es ist daher rechtsirrig, wenn die Vorbehörde als entscheidend dasjenige Maß der Lebenshaltung angesehen hat, das durch das Durchschnittsgehalt der höheren Beamten gewährleistet werde. Auf diesem Rechtsirrtum beruht auch der innere Widerspruch in der Beweisführung der Vorbehörde, wenn sie selbst zugibt, daß das Einkommen zur Bestreitung eines der Lebensstellung der Bedachten und ihres Ehemanns entsprechenden Unterhalts der starken Familie schon unter normalen Verhältnissen, geschweige bei außergewöhnlichen Belastungen nur „schwer ausreiche“, aber aus dieser Annahme keine weitere Folgerung zieht.

Die Vorentsch. war hiernach wegen Rechtsirrtums aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Der Ehemann der BeschwF. ist nicht Beamter, sondern er steht lediglich in einem Angestelltenverhältnis auf Grund Privatdienstvertrags, ein Umstand, der bei der Unsicherheit dieser Stellung für die Frage der Angemessenheit einer Zuwendung nicht außer Betracht gelassen werden kann. Von seinem Gehalt verbleiben ihm nach den gesetzlichen Abzügen monatlich rund 520 *RM*, dazu tritt die Zulage von monatlich 333 *RM*. Es wird nicht gesagt werden können, daß der Bedachten damit eine höhere Lebenshaltung ermöglicht wird, als sie in wohlhabenderen bürgerlichen Kreisen üblich ist. Unter Aufhebung der Vorentsch. war hiernach die BeschwF. von der Schenkungssteuer freizustellen.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 20. Dez. 1934, III e A 7/34.)

*

3. **§ 96 Abs. 2 RAbgO.; § 113 VZollG. Eine Verfügung, die durch unlautere Mittel veranlaßt war, kann mit rückwirkender Kraft auch dann zurückgenommen werden, wenn sie — ohne Rücksicht auf die zu ihrer Erlangung angewandten unlauteren Mittel — sachlich gerechtfertigt gewesen wäre.**

Der BeschwF. ist Inhaber einer Trikotwarenfabrik in B. (Württemberg). Er lieferte seine Erzeugnisse u. a. an das Modewäschegeschäft J. in Wien, mit dem er seit Jahren in ständiger Geschäftsverbindung stand. J. ließ mehrfach einen Teil der vom BeschwF. gelieferten Waren an den BeschwF. zurückgehen. Für diese Sendungen beantragte und erhielt der BeschwF. Zollfreiheit gem. § 113 VZollG. auf Grund von Angaben über die Natur der Waren als „Retourwaren“, die sich später als unrichtig erwiesen. Das Hauptzollamt nahm deshalb hinsichtlich acht in der Zeit v. 18. Juli 1929 bis 25. März 1931 für den BeschwF. eingegangener Sendungen die Bewilligung der Zollfreiheit gem. § 96 Abs. 2 RAbgO. mit rückwirkender Kraft zurück und forderte den Zoll für diese Sendungen durch Steuerbescheid an.

Die Vorinstanz hat diesen Besch. bestätigt. Sie hat festgestellt, daß die Sendungen keine Rückwaren i. S. des § 113 VZollG. enthielten, daß der BeschwF. die Bewilligung der Zollfreiheit durch Täuschung der Zollbehörden veranlaßt habe.

Die RBeschw. kann keinen Erfolg haben. Der BeschwF. gibt zu, daß die Angaben, auf Grund deren er für die Sendungen die Zollfreiheit als Retourwaren (§ 113 VZollG.) bewilligt erhalten hat, bewußt unrichtig waren. Er hält aber eine Zurücknahme der Bewilligung deshalb nicht für begründet, weil ungeachtet der unrichtigen Angaben nach dem tatsächlich vorliegenden Sachverhalt die Zollfreiheit der Sendungen teils nach § 113, teils nach § 114 VZollG. gegeben gewesen sei.

§ 113 VZollG. gewährt, wie schon sein Wortlaut zweifelsfrei ergibt, an sich keinen Rechtsanspruch auf Zollfreilassung, sondern nur eine Ermächtigung der Zollbehörden, unter gewissen Voraussetzungen im Einzelfall die Freilassung vom Zoll zu bewilligen. Erst die Bewilligung gibt einen Anspruch auf Zollfreilassung. Ihre Zurücknahme unterliegt den Vorschr. des § 96 RAbgO. (vgl. Entsch. des RFH. 12, 180). Nach § 96 Abs. 2 RAbgO. ist die Zurücknahme der Bfg. mit rückwirkender Kraft lediglich davon abhängig, daß die Bfg. durch unlautere Mittel, wie Täuschung, Zwang, Bestechung, veranlaßt war. Der BeschwF. hat in den Fällen, für die er zur Zollzahlung nachträglich angehalten wird, die Bewilligung der Zollfreiheit nach § 113 VZollG. durch unlautere Mittel, nämlich dadurch herbeigeführt, daß er die Zollbehörde durch bewußt unrichtige Angaben täuschte. Das ist festgestellt und auch vom BeschwF. nicht bestritten. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zurücknahme der Bewilligung mit rückwirkender Kraft sind sohin erfüllt.

Ob die Bewilligung ohne Rücksicht auf die unrichtigen Angaben des BeschwF. nach dem wirklich vorliegenden Sachverhalt hätte erteilt werden können, ist für das Recht zur Zurücknahme der durch Täuschung erwirkten Bewilligung belanglos und im gegenwärtigen Verfahren nicht zu prüfen (vgl. Entsch. des RFH. 23, 137).

Die Zurücknahme der Bewilligung mit rückwirkender Kraft ließ den Zollanspruch wieder aufleben.

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 5. Dez. 1934, IV A 28/34.)

Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt]

[° Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt]

1. **VO. des RPräs. zur Sicherung der Ernte und der landw. Entschuldung im Osthilfegebiet v. 17. Nov. 1931; § 544 RVO. Ein auf Grund der genannten VO. im Rahmen des Sicherungsverfahrens bestellter Treuhänder untersteht bei Wahrnehmung seiner öffentlich-rechtlichen Funktionen nicht dem Schutz der Unfallversicherung.**

(RVersA., Entsch. v. 19. Okt. 1934, Ia 9746/32; EuM. 36, 459.) [Z.]

*

2. **§ 2 Abs. 2 Abschn. 1 Kap. II Teil 5 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931. Ist auf Grund der 4. NotVO. eine Unfallrente von 20% der Vollrente weggefallen, so wird, wenn vorübergehend wegen wesentlicher Verschlimmerung der Unfallfolgen Heilanstaltpflege gewährt worden, bei der Entlassung aus der Heilanstalt aber die Verschlimmerung der Unfallfolgen wieder beseitigt ist, eine Unfallrente von 25% oder 20% nicht wieder gewährt.**

(RVersA., Entsch. v. 6. Dez. 1934, Ia 2042/34; EuM. 37, 35.) [Z.]

*

[1]) JW. 1934, 3319.

3. § 544 RVO. Ein Unfall, den ein gegen Betriebsunfall versicherter Glasermeister bei Anfertigung einer Fahnenstange aus Anlaß der Beflaggung seines Grundstücks zur Feier des 1. Mai, des Tages der nationalen Arbeit, erlitten hat, ist nicht als Betriebsunfall angesehen worden.

(RVersA., Entsch. v. 7. Dez. 1934, Ia 1995/34; EuM. 37, 8.)
[Z.]

*

4. § 545a RVO. Wenn ein Versicherter, der sich auf dem Wege nach oder von der Arbeitstätte befand, bewußtlos aufgefunden wird, ohne daß sich die Ursache hierfür feststellen läßt, so kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß der Versicherte „aus innerer Ursache" zusammengebrochen ist, vielmehr muß durch Ermittlungen über den bisherigen Gesundheitszustand und durch ärztliche Untersuchung geprüft werden, ob die Annahme, der Unfall sei auf innere Ursachen zurückzuführen, gerechtfertigt ist.

(RVersA., Entsch. v. 30. Okt. 1934, Ia 7595/32; EuM. 36, 440.)
[Z.]

*

5. § 545a RVO. Ein Unfall, den ein Versicherter auf dem Heimweg von der Arbeitstätte dabei erleidet, als er, um in die verschlossene Wohnung zu gelangen, den Küchenbalkon der Wohnung erklettert, ist kein entschädigungspflichtiger Betriebsunfall.

(RVersA., Entsch. v. 4. Okt. 1934, Ia 8058/32; EuM. 36, 439.)
[Z.]

*

6. § 545a RVO.; § 1 Abschn. 1 Kap. II Teil 5 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931. Die Rechtsmittelinstanzen sind berechtigt, auf Grund des § 1 Abschn. 1 Kap. II Teil 5 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931 das Maß des Verschuldens des Verletzten nachzuprüfen und demgemäß den Schadenersatz ganz oder teilweise zu versagen. Sie können jedoch nicht aus anderen Gründen, insbesondere solchen wirtschaftlicher Art, eine Entschädigung gewähren, wenn das Maß des Verschuldens die volle Versagung des Schadenersatzes rechtfertigt.

(RVersA., Entsch. v. 22. Nov. 1934, Ia 573/34; EuM. 37, 12.)
[Z.]

Reichsversorgungsgericht

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts abgedruckt]

****1.** Hinterbliebene müssen den Versorgungsanspruch im allgemeinen innerhalb zweier Jahre nach dem Tode des Beschädigten anmelden (§ 54 Abs. 1 RVersorgG.). Eine Sonderregelung gilt für die Eltern; für sie beträgt die Frist 3 Jahre — § 49 Abs. 1 a. a. O. —.

(RVersorgGer., Urt. v. 18. Dez. 1934, M 14137/32, 1; Grds. E.)

*

2. Bezüge eines Angestellten der Buchführungsstelle I der Landwirtschaftskammer für die Provinz Pommern fließt aus öffentlichen Mitteln i. S. des § 62 RVersorgG.

(RVersorgG., Urt. v. 17. Dez. 1934, M 2222/32, 8.)

*

3. Das Einkommen der Reichsbahnbeamten wird nicht dadurch „wechselnd", daß neben dem festen Gehalt noch eine Leistungszulage gewährt wird. Bei der Ruhensberechnung nach § 62 RVersorgG. ist das jeweils erzielte Einkommen zugrunde zu legen.

(RVersorgGer., Urt. v. 13. Nov. 1934, M 14989/32, 11.)

*

4. Der Anspruch auf Pflegezulage nach § 31 RVersorgG. setzt bei einem früheren Soldaten der neuen Wehrmacht voraus, daß er Anspruch auf Versorgung wegen DB. nach § 2 Abs. 1 WVG. i. Verb. m. §§ 1, 2, 24 RVersorgG. hat; Bezug einer Dienstzeitleidensrente nach § 2 Abs. 2 WVG. reicht dazu nicht aus.

(RVersorgGer., Entsch. v. 6. Dez. 1934, M 2033/34, 8.)

II. Länder

Oberverwaltungsgerichte

Preußen

Preußisches Oberverwaltungsgericht

1. § 14 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77). Genehmigung von Reklameeinrichtungen. Eine PolVO., die für alle Verkehrsstraßen erster Ordnung und die Straßen einer Innenstadt die Genehmigungspflicht für die Anbringung oder Veränderung von Ankündigungsmitteln und die Aufstellung von Ankündigungsvorrichtungen einführt, kommt einem allgemeinen bereits in OVG. 87, 301 als unzulässig bezeichneten Verbot dieser Einrichtungen gleich und ist insoweit ungültig.

Die Ortspolizeibehörde in L. versagte die von einer Plakatreklamegesellschaft beantragte baupolizeiliche Genehmigung zur Anbringung einer Anzahl von Reklametafeln in L. Sie begründete die Versagung mit dem Hinweis auf eine Gefährdung der Verkehrssicherheit und stützte sich dabei auf § 9 Abs. 2 VerkehrsPolVO. für L., wonach die Anbringung oder Veränderung von Ankündigungsmitteln und die Aufstellung von Ankündigungsvorrichtungen an und auf Straßen erster Ordnung und den Straßen der Innenstadt der polizeilichen Genehmigung bedürfen. Die nach vergeblicher Beschw. von der Gesellschaft erhobene Klage wies der BezAussch. ab.

Auf Rev. der Kl. wies das OVG. die Sache an die Vorinstanz zurück.

Der Vorderrichter stützt seine Entsch. auf § 9 Ziff. 2 der formell rechtsgültigen VerkehrsPolVO. für L., wonach die Anbringung oder Veränderung von Ankündigungsmitteln und die Aufstellung von Ankündigungsvorrichtungen an und auf den Straßen erster Ordnung und den Wegen der Innenstadt der polizeilichen Genehmigung unterliegt. Bei Prüfung der Rechtsgültigkeit des § 9 Ziff. 2 a. a. O. setzt sich der Vorderrichter mit dem Urteil des OVG. v. 15. Mai 1930 (OVG. 87, 301) auseinander und kommt zu dem Ergebnis, daß mindestens zwei von den vom OVG. angegebenen qualifizierenden Momenten vorliegen, welche eine Regelung von Reklameschildern mit Rücksicht auf die von der Polizei zu wahrenden Belange des Verkehrs zulässig erscheinen lassen. Der Vorderrichter erblickt in erster Linie ein solches qualifizierendes Moment in der Tatsache, daß die L. VerkehrsPolVO. die Genehmigungspflicht nicht schlechthin (was nach der Rspr. des OVG. unzulässig wäre), sondern nur für Straßen erster Ordnung und die Wege der Innenstadt einführt. Hierbei unterliegt er jedoch einem Rechtsirrtum. Wie bereits in dem angezogenen Urteil des erk. Sen. eingehend ausgeführt ist, findet die polizeiliche Regelung des Reklamewesens ihre Schranke in den durch die Notwendigkeit der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs gebotenen Anforderungen (§ 10 II 17 ALR., § 6 b Ges. v. 11. März 1850). Hieran ist durch das PolVerwG. v. 1. Juni 1931 (§ 14) nichts geändert, wenn auch die Sorge für die Leichtigkeit des Verkehrs jetzt nicht mehr als besondere, über das Gebiet der Gefahrenabwehr hinausgehende Aufgabe der Polizei aufgeführt ist, vielmehr unter die Abwehr der die Ordnungsmäßigkeit des Verkehrs bedrohenden Gefahren fällt. Wenn die VerkehrsPolVO. in L. für alle Straßen erster Ordnung und die Straßen der Innenstadt die Genehmigungspflicht für Reklameeinrichtungen vorschreibt, so kommt dies einem Verbot für einen großen Teil der Stadt und jedenfalls für ihren wirtschaftlich wichtigsten Teil gleich. Dieses weitgehende Verbot wäre nur gerechtfertigt, wenn die Gefährdung der Sicherheit und Ordnungsmäßigkeit des Verkehrs es erforderte. Bei der heutigen Verkehrsentwicklung, bei der Gewöhnung des Publikums an den Verkehr und an die üblichen Ankündigungsmittel ist nun selbst auf belebten und nicht ganz übersichtlichen Straßen eine solche Gefährdung durch Anbringung von Reklametafeln nach den Erfahrungen des praktischen Lebens nicht ohne weiteres zu gewärtigen. Eine Regelung, wie sie durch die PolVO. in L. getroffen wurde, würde daher zwar für bestimmte genau bezeichnete Brennpunkte des Verkehrs zulässig erscheinen, nicht aber in einem so weitgehenden Umfang, wie sie tatsächlich getroffen worden ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß in den Ziff. 3 und 4 des § 9 PolVO. Ausnahmen von der allgemeinen Genehmigungspflicht eingeführt werden. Denn es handelt sich hierbei um solche Ausnahmen, die nur bei ausdehnender Auslegung des Begriffs der Ankündigungsmittel und Ankündigungsvorrichtungen hierunter fallen. Tatsächlich ist vielmehr das gesamte wirtschaftlich das Reklame- und Anschlagswesen betr. Gewerbe der polizeilichen Genehmigungspflicht unterworfen worden. Eine solche Regelung widerspricht aber den vorstehend ent-

wickelten Grundsätzen. Unter diesem Gesichtspunkt entbehrt § 9 Ziff. 2 der Gültigkeit. Das sich darauf stützende Erkenntnis des BezAussch. unterliegt daher wegen Rechtsirrtums der Aufhebung.

Zu beachten bleibt auch noch folgendes: Der BezAussch. nimmt an, es sei im Gegensatz zu dem vom OVG. 87, 301 behandelten Fall, in dem nur kleine sog. Markenschilder in Betracht kamen, eine Verkehrsgefährdung besonders durch den Umstand gegeben, daß es sich um große Anschlagstafeln handele, auf denen abwechselnd und veränderlich Erzeugnisse der verschiedensten Firmen angepriesen werden sollten. Diese Auffassung erscheint nicht ohne weiteres zutreffend. Der BezAussch. hatte im vorl. Fall nicht die auf den Tafeln anzubringenden Schilder, deren Art noch gar nicht feststeht, sondern die Tafeln selbst zu prüfen. Er hätte daher untersuchen müssen, ob die fraglichen Tafeln als solche etwa wegen ihrer Bauart, Aufstellung, Größe und wirtschaftlichen Zweckbestimmung verkehrshindernd zu wirken geeignet wären.

Bei freier Beurteilung erscheint die Sache nicht spruchreif. Sie muß daher zur erneuten Verhandlung und Entsch. an die Vorinstanz zurückverwiesen werden. Diese wird hierbei davon auszugehen haben, daß die angefochtene Vfg. deshalb, weil sie sich auf den der Rechtsbeständigkeit entbehrenden § 9 Ziff. 2 a. a. O. stützt, noch nicht ungültig zu sein braucht. Denn für die Rechtsgültigkeit einer polizeilichen Vfg. ist es unwesentlich, ob die Polizei dabei überall von zutreffenden rechtlichen Erwägungen ausgegangen ist und ob die angezogenen Vorschr. die Vfg. zu stützen geeignet sind (OVG. 36, 239). Das Bezirksverwaltungsgericht wird vielmehr zu prüfen haben, ob die Vfg. etwa aus anderen Gründen dem objektiven Rechte entspricht. Als solches kommen einmal die verkehrspolizeilichen Vorschr. der StraßVerkO. des OPräs. der Provinz Niederschlesien in Frage, deren Gültigkeit für L. deshalb nicht in Zweifel gezogen werden kann, weil nach ihrem § 32 die örtlichen VerkehrsPolVO. nur eine Ergänzung oder Verschärfung darstellen. Sodann kommen die Best. der BaupolizeiVO. für L. und die Vorschr. über die Verunstaltung in Betracht.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 11. Okt. 1934, IV C 84/33.)

Ber. von SenPräs. von Kries, Berlin.

*

2. § 1 Abs. 1 u. 2 KaisVO. betr. Verkehr mit Arzneimitteln v. 22. Okt. 1901 (RGBl. 380). Gewerbepolizei. Die in dem Verzeichnis A der KaisVO. v. 22. Okt. 1901 aufgeführten Zubereitungen unterliegen nach § 1 Abs. 1 a. a. O. dem sog. Apothekenzwange nur, wenn sie als Heilmittel feilgehalten oder verkauft werden sollen. Handelt es sich jedoch um ein Desinfektionsmittel (das keine sog. rezepturpflichtigen Stoffe enthält), so unterliegt es nach § 1 Abs. 2 zu a a. a. O. dem Apothekenzwang auch dann nicht, wenn es als Heilmittel feilgehalten wird. Ein Mittel, das gleichzeitig Heil- und Desinfektionszwecken dient, ist ein Desinfektionsmittel nur dann, wenn es in nennenswertem Umfange zur Desinfektion verwendet wird. Desinfektion ist die auf das Unwirksammachen von Krankheitskeimen vor Verursachung eines Krankheitsprozesses gerichtete Tätigkeit. Die innerliche Anwendung eines Mittels ist daher keine Desinfektion. Eigenschaft der Jodtinktur als Desinfektionsmittel.

Gelegentlich einer im Nov. 1932 vorgenommenen Besichtigung der „Schloßdrogerie" in Z. stellte der Kreisarzt daselbst das Vorhandensein von 16 Packungen Jodtinktur fest. Da es sich nach seiner Ansicht hierbei um ein Arzneimittel handelte, das als Tinktur i. S. der Nr. 3 des Verzeichnisses A der KaisVO. betr. Verkehr mit Arzneimitteln v. 22. Okt. 1901 für den Verkauf außerhalb der Apotheken nicht freigegeben ist, forderte er Rückgabe derselben an den Lieferanten. Der Besitzer der Drogerie, S., wendete indessen ein, nach § 1 Abs. 2 zu a) der genannten VO. sei Jodtinktur für Desinfektionszwecke frei verkäuflich. Der genannte Paragraph lautet in seinen hier in Betracht kommenden Teilen folgendermaßen:

(Abs. 1): Die in dem angeschlossenen Verzeichnis A aufgeführten Zubereitungen dürfen, ohne Unterschied, ob sie heilkräftige Stoffe enthalten oder nicht, als Heilmittel (Mittel zur Beseitigung oder Linderung von Krankheiten bei Menschen oder Tieren) außerhalb der Apotheken nicht feilgehalten oder verkauft werden.

(Abs. 2): Dieser Best. unterliegen von den bezeichneten Zubereitungen, soweit sie als Heilmittel feilgehalten oder verkauft werden,

a) kosmetische Mittel ..., Desinfektionsmittel und Hühneraugenmittel

nur dann, wenn sie Stoffe enthalten, welche in den Apotheken ohne Anweisung eines Arztes, Zahnarztes oder Tierarztes nicht abgegeben werden dürfen ...

Die Ortspolizei von Z. ließ darauf am 5. Mai 1933 durch einen polizeilichen Vollzugsbeamten den in der Drogerie aufgefundenen Bestand an Jodtinktur beschlagnahmen. Die nach vergeblicher Beschw. erhobene Klage des S. wies das BezVerwGer. ab. Der Rev. des S. gab das OVG. statt.

1. Die KaisVO. v. 22. Okt. 1901 ist ebenso wie die früheren VO. über denselben Gegenstand veranlaßt durch § 6 Abs. 2 RGO., welcher in seiner ursprünglichen Fassung lautete:

„Eine VO. des Bundespräsidiums wird bestimmen, welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind."

Die Best. geschah in der Form, daß in der VO. nicht die freigegebenen, sondern umgekehrt die dem Verkauf in den Apotheken vorbehaltenen Waren bezeichnet wurden. Da die Apotheken dem Kleinhandel mit Arzneimitteln dienen sollen, so ergibt sich, daß die VO. sich grundsätzlich ebenfalls nur auf Arzneimittel erstreckt. Dies gilt demzufolge auch von den der VO. beigegebenen Verzeichnissen. Hinsichtlich des Verzeichnisses B können Zweifel insoweit nicht obwalten, weil die darin aufgeführten Stoffe mit unwesentlichen Ausnahmen nur solche Drogen und chemische Präparate sind, welche ausschließlich oder doch vorzugsweise Heilzwecken dienen (s. Meißner, Komm. zur KaiserlVO. v. 22. Okt. 1901, Leipzig 1902, 23, 158 ff.; Böttger, Die reichsgesetzlichen Best. über Verkehr mit Arzneimitteln, 3. Aufl., Anm. zu § 2). Das gleiche gilt hinsichtlich des später hinzugefügten Verzeichnisses C, das im wesentlichen eine Anzahl fertig in den Handel gebrachter, meist mit Phantasienamen bezeichneter Heilmittel enthält. Was dagegen die in dem Verzeichnis A aufgeführten „Zubereitungen" anlangt, so ist der Kreis der unter die daselbst aufgeführten technischen Begriffe fallenden Gegenstände so groß, daß hier in § 1 ausdrücklich ausgesprochen wird, der Apothekenvorbehalt gelte nur für den Fall, daß sie „als Heilmittel" feilgehalten oder verkauft würden.

Aus dem Umstand, daß sich hiernach die ganze VO. grundsätzlich nur auf Heilmittel bezieht, erklärt es sich, daß der Abs. 2 des § 1, der mit gewissen Ausnahmen die Freiverkäuflichkeit von kosmetischen Mitteln, Desinfektionsmitteln und Hühneraugenmitteln anordnet, den Zusatz macht: „soweit sie als Heilmittel feilgehalten oder verkauft werden". Der angefochtene Bescheid erklärt diesen Zusatz als „schwer verständlich". In der Tat könnte man einwenden, daß, wenn ein Mittel ein kosmetisches oder ein Desinfektionsmittel sei, damit begrifflich seine Eigenschaft als Heilmittel ausgeschlossen werde. Hierauf ist zu erwidern, daß kosmetische oder Desinfektionsmittel, solange sie nur als solche verkauft werden, nach den vorstehenden Ausführungen überhaupt nicht unter die VO. fallen. Der von dem BezVerwGer. beanstandete Zusatz kann also nur besagen, daß kosmetische Mittel, Desinfektionsmittel usw. auch dann frei verkäuflich sein sollen, wenn sie ausnahmsweise „als Heilmittel" verkauft werden. So verstanden, gewinnt der Zusatz einen Sinn. Zu der gleichen Auslegung gelangt das KG. in einer Entsch. v. 7. Jan. 1909 (GewArch. 8, 548, 550), woselbst gesagt ist: „Danach unterliegen von den im Verzeichnis A aufgeführten Zubereitungen, auch wenn sie als Heilmittel feilgehalten werden, kosmetische Mittel... und Desinfektionsmittel dem Apothekenvorbehalt nur dann, wenn sie bestimmte dort bezeichnete Stoffe enthalten" (vgl. ferner Urt. des BayObLG. v. 26. April 1904: GewArch. 5, 23 unter Nr. 50), und v. 13. April 1907 bei Reger 27, 464; RG. v. 24. Mai 1907: GewArch. 8, 21; und des KG. v. 7. Okt. 1912 und 21. April 1913: GewArch. 12, 215 und ErgBd. z. GewArch. 1, 29). Die VO. erkennt hiernach an, daß kosmetische oder Desinfektionsmittel begrifflich etwas anderes sind als Heilmittel. Sie fallen nicht unter die in der neueren Fassung der VO. gegebene Begriffsbestimmung der Heilmittel als „Mittel zur Beseitigung oder Linderung von Krankheiten bei Menschen oder Tieren". Es wird nur für den Fall Vorsorge getroffen, daß bei dem Verkauf ausnahmsweise die dem Verkäufer bekannte Absicht obwaltet, ein kosmetisches oder Desinfektionsmittel zu Heilzwecken zu verwenden.

Auf den vorl. Streitfall angewendet, ergibt sich aus dem Gesagten folgendes: Ist die bei dem Kl. beschlagnahmte Jodtinktur ein Heilmittel, so durfte er sie als solches nicht feilhalten, weil sie, wie unter den Parteien nicht streitig, unter den Begriff der Tinkturen und damit unter Nr. 3 des Verzeichnisses A der VO. fällt, somit außerhalb der Apotheken als Heilmittel nicht feilgehalten oder verkauft werden darf. Unrichtig ist aber die Annahme des BezVerwGer., daß Jodtinktur außerhalb der Apotheken selbst dann nicht feilgehalten oder verkauft werden dürfe, wenn dies zu anderen Zwecken, z. B. zur Desinfektion, geschehe. Das BezVerwGer., welches eine gelegentliche Verwendung der Jodtinktur zu Desinfektionszwecken nicht für ausgeschlossen hält, hätte also über die Behauptung der Klage, daß Kl. die Jodtinktur nur zur Verwendung als Desinfektionsmittel abgebe und eine andere Verwendung seitens eines Käufers nicht billige, nicht hinweggehen dürfen. Denn solange Kl. so verfuhr, handelte er

nicht widerrechtlich und war für ein polizeiliches Einschreiten kein Anlaß vorhanden; ein solches wäre vielmehr nur zulässig gewesen, wenn irgendwelche Umstände es wahrscheinlich machten, daß es sich um einen bloßen Vorwand handelte und Kl. die Jodtinktur in Wahrheit doch zu Heilzwecken vertrieb. Insoweit ist also ein Rechtsirrtum der Vorinstanz festzustellen.

2. Über die genannte Schutzbehauptung hinausgehend, macht Kl. weiterhin geltend, daß Jodtinktur nicht nur als ein „Heilmittel", welches auch zu Desinfektionszwecken verwendet werden könne, sondern schlechtweg als „Desinfektionsmittel" anzusehen sei. Trifft das zu, dann unterliegt sie dem Apothekenvorbehalt nach § 1 Abs. 2 zu a) auch dann nicht, wenn sie ausnahmsweise als Heilmittel verkauft wird. Nach der genannten Best. sind kosmetische Mittel, Desinfektionsmittel usw. nur dann nicht frei verkäuflich, wenn die in ihnen enthaltenen Stoffe in den Apotheken ohne Anweisung eines Arztes nicht abgegeben werden dürfen. Dies ist bei Jodtinktur, soweit sie — wie unstreitig die hier in Rede stehende — nur zum äußeren Gebrauch bestimmt ist, nicht der Fall (Bek. des Min. für Volkswohlf. v. 31. März 1931, betr. Abgabe stark wirkender Arzneimittel usw., Volkswohlfahrt S. 897). Die Abgrenzung des Begriffs des Desinfektionsmittels ist deswegen schwierig, weil einmal der Begriff der „Desinfektion" kein ganz feststehender ist und weil zudem, wie erwähnt, die Möglichkeit besteht, daß eine Ware gleichzeitig als Heil- und als Desinfektionsmittel gebraucht wird und weil dann zweifelhaft sein kann, welchem vor beiden Begriffen sie zuzuzählen ist. Daß Jodtinktur u. U. zu Heilzwecken verwendet wird, ist nach den Akten nicht streitig und ist zudem gerichtsbekannt. Daneben findet sie aber auch eine zweite Verwendung, und zwar insbes. zum Aufbringen auf Wunden, um eine Wundinfektion zu verhüten. Es muß also geprüft werden, ob diese Verwendung eine solche zu „Desinfektions"zwecken ist und bejahendenfalls, ob im Hinblick auf diese Seite ihrer Verwendung die Jodtinktur als „Desinfektionsmittel" i. S. der VO. zu gelten hat.

Die Vorentscheidung bejaht, daß Jodtinktur „in gewissen Fällen wegen ihrer keimtötenden Wirkung zur Desinfektion geeignet sei", verneint aber ihre Natur als Desinfektionsmittel, weil sie nicht in erster Linie Desinfektionsmittel, sondern vornehmlich ein Heilmittel sei. Hiermit setzt sich der Vorderrichter zur Rspr., soweit sie sich bisher mit den in diesem Zusammenhange auftauchenden Rechtsfragen beschäftigt hat, in Widerspruch. So besagt eine Entsch. des KG. v. 7. Okt. 1912 (GewArch. 12, 215, 216): ein Mittel, wenn es überhaupt zur Hautpflege bestimmt sei und verwendet werde, sei ein kosmetisches; daß es diesem Zweck überwiegend diene, verlange das Gesetz nicht; an dieser seiner Eigenschaft werde nichts geändert, daß es gleichzeitig oder überwiegend zu anderen, insbes. Heil- oder Desinfektionszwecken, verwendet werde. Etwas abweichend sagt eine Entsch. v. 24. April 1913 (GewArch. 12, 678, 680), es genüge für den Begriff des Desinfektionsmittels, wenn das Mittel „wesentlich" zur Desinfektion bestimmt sei. Der Gerichtshof hat sich dieser letzteren Auffassung angeschlossen und sieht hiernach als entscheidend an, ob ein Mittel nach der tatsächlichen Übung, wie sie insbes. durch den jeweiligen Stand der ärztlichen Wissenschaft bestimmt wird, in nennenswerter Weise in etwa der Hälfte aller Verwendungsfälle, neben etwaigen Heilzwecken auch Desinfektionszwecken dient. Nur dann wird man mit dem allgemeinen Sprachgebrauch von einem Desinfektionsmittel sprechen dürfen. Die Ansicht des Vorderrichters, der unter Desinfektionsmitteln nur solche Mittel verstehen will, die in erster Linie Desinfektionsmittel sind, geht dagegen zu weit. Auch insoweit ist eine unzutreffende Gesetzesauslegung des ersten Richters festzustellen.

Ein weiterer Rechtsirrtum ist in der Begriffsbestimmung zu erblicken, die die Vorentscheidung dem Worte „Desinfektion" gegeben hat. Desinfektion ist die Verhütung einer „Infektion", also eine Tätigkeit, die den Körper vor dem Befallenwerden durch Krankheitskeime schützen oder, soweit sich solche bereits auf dem Körper niedergelassen haben, sie vor Verursachung eines Krankheitsprozesses unwirksam machen will. Die Desinfektion unterscheidet sich demnach von der Anwendung eines Heilmittels dadurch, daß sie selbst keinen Heilprozeß bewirkt, sondern allenfalls eine Vorbedingung für einen erleichterten Heilprozeß schafft. Die Grenze zwischen Desinfektions- und Heilmitteln ist also da zu ziehen, wo die Wirkung eines Mittels in die innere Tätigkeit des Organismus einzugreifen beginnt. Der Gerichtshof schließt sich insoweit der Entsch. des OLG. Stuttgart in dessen Urt. v. 26. Okt. 1927 (GewArch. 25, 497) an, welches u. a. folgendes ausführt:

„Als Desinfektionsmittel wird ein Mittel bezeichnet, das Krankheitskeime (Bakterien) tötet. Im Anschluß an die Äußerung des württembergischen medizinischen Landesuntersuchungsamts stellt sich der Senat auf den Standpunkt, daß eine innerliche Anwendung eines Mittels keine Anwendung als Desinfektionsmittel ist. Äußerliche Anwendung liegt vor, wenn das Mittel auf die äußeren Teile des Körpers einschließlich der Körperhöhlen (Mund und Rachen, Wundhöhlen bei Operationen, Scheide, evtl. auch Darm) aufgetragen wird, innerliche Anwendung dagegen, wenn es durch Einreiben (perkutan), Einspritzen (subkutan) oder durch die Verdauungsorgane (peroral) dem Körper einverleibt wird und auf diesem Wege in die Säfte und den Blutkreislauf des Körpers übergeht."

Hieraus ergibt sich, daß das BezVerwGer. von einer zu engen Auslegung des Begriffs des Desinfektionsmittels ausgegangen ist, wenn es als Kennzeichen eines solchen fordert, daß es sich auch zur Desinfektion von Zimmern oder der Hände eigne. Anderseits sprechen die vom BezVerwGer. für die Eigenschaft der Jodtinktur als Heilmittel hervorgehobenen Umstände, nämlich, daß sie vornehmlich bei der Wundbehandlung sowie bei Behandlung von Haut-, Hals- und Zahnkrankheiten verwendet werde, im Gegenteil gerade für die Annahme eines Desinfektionsmittels, denn in allen diesen Fällen wird die Jodtinktur äußerlich und als keimtötendes Mittel angewandt. Die vom BezVerwGer. angeführte innerliche Anwendung, wie z. B. gegen Schnupfen, tritt demgegenüber zurück.

Wegen der dargelegten unrichtigen Rechtsanwendung mußte die Vorentscheidung aufgehoben werden. Bei freier Beurteilung durch das RevG. erwies sich die Sache als spruchreif. In Frage steht, wie erwähnt, die Zulässigkeit der beim Kl. vorgenommenen Beschlagnahme einer Anzahl von Packungen Jodtinktur. Jodtinktur ist ein Desinfektionsmittel, weil sie im wesentlichen Umfange zu Zwecken der Desinfektion in dem erörterten Sinne bestimmt ist. Unter den sog. Rezepturzwang fiel die in den beschlagnahmten Packungen enthaltene Jodtinktur nicht, weil sie unstreitig nur zum äußeren Gebrauch dienen sollte (vgl. die oben angeführte Bek. des Ministers für Volkswohlfahrt v. 31. März 1931). Infolgedessen unterlag sie nach § 1 Abs. 2 KaisVO. v. 22. Okt. 1901 auch nicht der Best. des Abs. 1 daselbst, nach welcher die in dem angeschlossenen Verzeichnis A aufgeführten Zubereitungen außerhalb der Apotheken nicht feilgehalten werden dürfen. Somit lag für die Polizei kein Anlaß vor, durch Beschlagnahme des bei Kl. vorgefundenen Bestandes das Feilhalten der Jodtinktur zu verhindern.

Die in der Beschlagnahme gelegene polizeiliche Vfg. mußte demnach außer Kraft gesetzt werden.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 8. Nov. 1934, III C 53/34.)

Sachsen

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

1. Baupolizeirecht; SächsBauG. v. 1900 und 1932.

I. Wesen und Zweck der Anfechtungsklage kann nicht darin gefunden werden, „subjektive Rechte" zu schützen; sie dient vielmehr ausschließlich der Rechtswahrung im Interesse der Volksgemeinschaft, sie soll Schutz gewähren gegen unrechtmäßige Handhabung von Gesetz und Recht in der Verwaltung. Die Auffassung des OVG., daß durch die Anfechtungsklage „subjektive öffentliche Rechte" vor Verletzungen durch behördliche Eingriffe geschützt würden, kann daher nicht mehr aufrechterhalten werden. Für die Frage, ob jemand an einer Behördenentscheidung „beteiligt" und daher zur Erhebung der Anfechtungsklage berechtigt ist, kommt es vielmehr darauf an, ob durch die angefochtene Entscheidung sein Lebenskreis unmittelbar berührt wird, den Gesetz und Recht ihm unter vorwiegender Berücksichtigung der Belange der Volksgemeinschaft zuweist.

II. Die Gesetze sind nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen. Diese in dem StAnpG. vom 16. Okt. 1934 für das Gebiet des Steuerrechts erlassene Vorschrift bedeutet die Verkündung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der auch für alle anderen Gebiete deutschen Rechtslebens als verbindlich angesehen werden muß. Die das bisherige Baurecht beherrschende „materielle Baufreiheit" kann heute nicht mehr anerkannt werden. Oberster Grundsatz des Baupolizeirechts muß vielmehr sein: Der Bau darf die Volksgemeinschaft nicht schädigen. Bauten, die — auch wenn sie den baugesetzlichen Einzelvorschriften entsprechen — einzelne so erheblich stören, daß dadurch der Gemeinschaftsfrieden gestört wird, können nicht mehr zugelassen werden. Bei Handhabung des Baurechts dürfen einzelne Gesetzesvorschriften nur so

angewendet werden, daß sie diesem obersten Grundsatz des Baurechts, der unmittelbar verbindliches Recht ist, nicht widersprechen.†)

Die Eigentümer zweier kleiner Hausgrundstücke hatten dagegen Widerspruch erhoben, daß der Besitzer eines unmittelbar benachbarten großen Grundstücks in nächster Nähe der Grenze einen großen Schuppen zur Einlagerung von Getreide und sonstigen Vorräten errichten wollte. Sie hatten vorgebracht, ihnen würde durch den großen Schuppen Licht und Luft entzogen. Dadurch werde die Gesundheit der Hausbewohner gefährdet und ihr Grundstück entwertet. Außerdem werde die Brandgefahr erhöht. Der Nachbar könne bei der Größe seines Grundstücks ohne weiteres an einer anderen Stelle bauen.

Die Vorbehörden hatten den Widerspruch abgewiesen, weil dem Bauvorhaben keine ausdrückliche Gesetzesvorschrift entgegenstehe. Das OVG. hat die Sache zu erneuter Entschließung an die Vorinst. zurückverwiesen.

I. Es ist zunächst zu prüfen, ob die Anfechtungsklage zulässig ist. Nach sächsischem Rechte können nur „Beteiligte" Anfechtungsklage erheben. Als an einer Sache beteiligt sind bisher nach der ständigen Rspr. des OVG. nur solche Personen angesehen worden, an die oder über die die behördliche Verfügung oder Entsch. ergangen ist, darüber hinaus nur solche, die geltend machen konnten, daß die Entsch. in ihren „Rechtskreis" eingriff und damit ein ihnen zustehendes subjektives Recht verletzte. Nach dieser Auffassung handelte es sich bei der Anfechtungsklage grundsätzlich darum, subjektive öffentliche Rechte des Kl. gegen eine Verletzung durch behördliche Eingriffe zu schützen. Diese *einschränkende* Auffassung kann das OVG. *nicht mehr aufrechterhalten*. Abgesehen von minder wichtigen (im Urt. näher dargelegten) Gründen trägt die bisherige Auffassung dem praktischen Rechtsschutzbedürfnis nicht in befriedigender Weise Rechnung. Es ist nicht recht einzusehen, warum nur derjenige, der gegenüber einer unrichtigen Entsch. ein sogenanntes subjektives Recht geltend zu machen vermag, grundsätzlich den Schutz der Anfechtungsklage genießen soll, ein anderer aber, der ein solches Recht nicht nachweisen kann, trotz einer vielleicht viel stärkeren tatsächlichen und wirtschaftlichen Beeinträchtigung gegenüber einem unrechtmäßigen Vorgehen der Verwaltungsbehörden schutzlos bleiben sollte. Denn wie es die öffentliche Verwaltung vorwiegend mit den Belangen der Gesamtheit zu tun hat, so sind auch die für sie bestehenden *Rechtsschutzeinrichtungen in erster Linie nicht um des einzelnen, sondern um der Gesamtheit willen geschaffen*.

Hierzu kommt, daß der Inhalt der sogenannten subjektiven öffentlichen Rechte, ihr Wesen und ihr Umfang zu keiner Zeit wirklich eindeutig festgestanden haben. Im heutigen Schrifttum fehlt es sogar nicht an Meinungen, die ihren Bestand zum mindesten in dem bisherigen Umfange überhaupt in Zweifel ziehen. Nach nationalsozialistischer Staatsauffassung sind die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse, soweit sie den einzelnen betreffen, nicht mehr vom Standpunkte etwaiger Rechte dieses einzelnen gegen den Staat, sondern von dem höheren Gesichtspunkt einer vernünftigen und zweckvollen Ordnung und Abgrenzung der Einzelbelange gegenüber den allgemeinen Belangen und nur, soweit dieser Grundsatz es zuläßt, unter dem Gesichtspunkt der Sicherung des einzelnen in seiner Lebensbetätigung anzusehen. Die Entsch. in öffentlich-rechtlichen Fragen dienen weniger der Wahrung „subjektiver öffentlicher Rechte" oder der Unversehrterhaltung eines dem einzelnen zu freier Ausnutzung vorbehaltenen Rechtskreises, als vielmehr diesen allgemeinen, der Volksgemeinschaft die nötige Berücksichtigung sichernden Gesichtspunkten (vgl. auch *Maunz*, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 23—36).

Das Wesen und der Zweck der Anfechtungsklage kann daher nicht mehr darin gefunden werden, subjektive Rechte des einzelnen zu schützen; sie dient vielmehr ausschließlich der „*Rechtswahrung*" im Interesse der Volksgemeinschaft. Sie soll *Schutz gewähren gegen unrechtmäßige Handhabung von Gesetz und Recht* in der Verwaltung überhaupt.

Die Frage, ob jemand an einem öffentlich-rechtlich zu beurteilenden Verhältnisse beteiligt ist, hängt deshalb nicht von seinen rechtlichen Befugnissen ab. Das Beteiligtenverhältnis ist vielmehr etwas *Tatsächliches*. Beteiligt ist an einer Behördenentscheidung jeder, der von ihr unmittelbar betroffen wird. Es kommt also dafür, ob jemand zur Erhebung der Anfechtungsklage befugt ist, darauf an, ob durch die angefochtene Entsch. sein *Lebenskreis unmittelbar berührt wird, den Gesetz und Recht ihm unter vorwiegender Berücksichtigung der Belange der Volksgemeinschaft zuweist*.

II. In der Sache selbst sind die Verwaltungsbeörden von dem Gedanken der sogenannten „*materiellen Baufreiheit*" ausgegangen, der als ein das Baugesetz beherrschender Rechtsgrundsatz gilt. Diese sogenannte materielle Baufreiheit besagt, daß das auf dem Eigentum beruhende Recht eines jeden, sein Grundstück in beliebiger Weise baulich auszunutzen, lediglich durch die allgemeinen und besonderen reichs-, landes- und ortsgesetzlichen Vorschr. beschränkt werde und deshalb die Baupolizeibehörde in allen Fällen, in denen die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften eingehalten werden, die Bauerlaubnis ohne Rücksicht auf etwaige Beeinträchtigungen Dritter oder der Allgemeinheit erteilen müsse. Dabei wurde in der Regel sogar verneint, daß allgemeine polizeiliche Erwägungen (Beseitigung von Gefahren für die allgemeine Sicherheit und Ordnung) über die baurechtlichen Einzelbestimmungen hinausgehend herangezogen werden könnten, um eine Baugenehmigung zu versagen. Der Grundgedanke der liberalen Rechtsordnung: Freiheit des einzelnen vom Staate, soweit ihr nicht ausdrückliche gesetzliche Best. entgegenstanden, und Schutz des einzelnen gegen den Staat wurde selbst zum Nachteile der Allgemeinheit zugunsten des einzelnen durchgeführt.

Eine Baufreiheit in einem derart weitgehenden Sinn kann heute nicht mehr als rechtens anerkannt werden.

Wie die Begr. zum Baugesetz erkennen läßt, hat allerdings z. Z. des Erlasses dieses Gesetzes (1900) ein solcher allgemeiner Grundsatz die damalige liberale Staats- und Wirtschaftsauffassung beherrscht, und die Best. des Baugesetzes sind aus dieser Anschauung heraus geboren; im Gesetze selbst ist jedoch ein solcher Grundsatz an keiner Stelle eindeutig ausgesprochen worden. Es ist vielmehr im wesentlichen ein allgemeiner — allseitig anerkannter — *Auslegungsgrundsatz* für das Baugesetz gewesen, der gelegentlich auf die Vorschr. der früheren sächsischen Verfassungsurkunde (§ 27) zurückgeführt wurde.

Bei der Auslegung von Gesetzen sind aber die Volksanschauung, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Gesetze und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen. *Die Gesetze sind nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen.* Diese in dem StAnpG. vom 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 925) für das Gebiet des Steuerrechtes erlassene Vorschr. ist rechtlich nicht auf dieses Gebiet zu beschränken. Sie bedeutet die *Verkündung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des heutigen Staates*, der auch für alle anderen Gebiete des deutschen Rechtslebens als verbindlich angesehen und entsprechend angewendet werden muß. Von diesem Gesichtspunkt aus kann es keinem Zweifel unterliegen, daß man auch das Baugesetz heute unter wesentlich anderen Gesichtspunkten auszulegen hat als z. Z. seines Erlasses. Denn in den Anschauungen, die für die Beurteilung des Bauwesens gelten, ist ein grundsätzlicher Wandel eingetreten.

Zunächst läßt schon eine nähere Betrachtung des Baugesetzes, besonders seiner Neufassung von 1932, erkennen, daß der Gedanke der materiellen Baufreiheit das Gesetz nur mit starken Einschränkungen beherrschte (wird näher ausgeführt).

Schon die sich hierin deutlich zeigende allgemeine Grundrichtung des Gesetzes könnte es rechtfertigen, mehr als bisher alle Best. des Baugesetzes von dem Gesichtspunkte eines Überwiegens der öffentlichen und Nachbarschutzbelange her auszulegen und anzuwenden.

Der *Zweck der ganzen Baupolizei* liegt darin, daß die Behörden, die durch die Erteilung der Baugenehmigung an der Errichtung der Bauten mitwirken, *ein vernünftiges, zweckmäßiges Bauen zum Nutzen der Allgemeinheit ermöglichen*. Demgegenüber steht die Befugnis des einzelnen, sein Grundstück baulich auszunutzen, durchaus im Hintergrund. Es ist weniger eine wirkliche Baufreiheit als vielmehr eine *weitgehende Gebundenheit des einzelnen an die Grundsätze einer der Volksgemeinschaft entsprechenden Bauentwicklung* als der beherrschende Gedanke des gesamten Baurechtes zu erkennen. Der wesentliche Zweck des Baugesetzes ist nicht, das Recht des einen gegen das des anderen Grundstückseigentümers abzugrenzen. Sein letzter und maßgebender Sinn muß vielmehr ganz allgemein darin erblickt werden, daß im Interesse der Volksgemeinschaft eine vernünftige Einteilung des zum Wohnen bestimmten Bodens und ein zweckmäßiges, sowohl der privaten Betätigung als auch besonders allen Belangen der Gemeinschaft Rechnung tragendes Bauen gewährleistet und damit die jeweils auf langen Zeitraum wirkende bauliche Benutzung des Bodens ihrer großen Bedeutung entsprechend geregelt werde.

Grundsätzliche gegenseitige Rücksichtnahme ermöglicht allein ein Bauen, das den Bedürfnissen aller gerecht wird, und der Nachbar steht dem Bauenden infolge seiner Verbundenheit mit dem Boden als Glied der Gesamtheit und nicht bloß als einzelner gegen-

---

Zu 1. Vgl. auch OVGR. Dr. *Krüger*, Volksgemeinschaft statt subjektiver Rechte: Deutsche Verwaltung 1935, 37.

über. Eine Verletzung dieser Rücksicht auf die Umgebung und eine hierdurch herbeigeführte Schädigung des Nachbars wird daher, auch wenn sie die Öffentlichkeit nicht unmittelbar gefährdet, bereits als eine Störung der öffentlichen Ordnung des Bauwesens empfunden. Der Nachbar wird deshalb durch das Baurecht grundsätzlich auch gegen verhältnismäßig geringfügige Schädigungen geschützt, gegen die dem einzelnen sonst kein polizeilicher Schutz gewährt wird.

Der oberste Grundsatz, mit dem sich deshalb jedes Bauwerk, wenn es behördlich zugelassen werden soll, in Übereinstimmung befinden muß, ist die Forderung: Der Bau darf die Volksgemeinschaft nicht schädigen. Da die Volksgemeinschaft wesentlich mit auf dem Frieden des Zusammenlebens beruht, können auch solche Bauten nicht zugelassen werden, die einzelne so erheblich schädigen könnten, daß dadurch der Gemeinschaftsfrieden gestört werden würde.

Ein „Recht zu bauen" kann deshalb überhaupt nur mit der Begrenzung bestehen, die durch die Wahrung dieses Grundsatzes gezogen ist. Nur eine Behandlung des Bauwesens nach diesem Grundsatze gewährleistet den Gemeinschaftsfrieden, an dessen Erhaltung die Volksgemeinschaft und jeder einzelne als ihr Glied interessiert ist. Nur aus diesem Grundsatze heraus sind auch die Sondervorschriften zu verstehen, in denen das Baugesetz Einzelbeziehungen zum Nachbar regelt. Es hätte keinen Sinn, wenn der Gesetzgeber im einzelnen besondere Schutzvorschriften für die Umgebung oder zur Vermeidung von Schäden für den Nachbar aufstellte, wenn er nicht überhaupt von der Einstellung ausginge, daß die Umgebung gegenüber der baulichen Betätigung des einzelnen Schutz verdiene und der Nachbar vor Schaden möglichst bewahrt werden müsse. So muß sich grundsätzlich jeder Bauende dessen bescheiden, daß je nach der Umgebung, in der er baut, durch die bereits bestehenden baulichen oder sonstigen Verhältnisse seinem Bauen gewisse Schranken gezogen sind, die nicht in gleichem Maße vorliegen würden, wenn er auf völlig freiem Gelände baute.

Dieser gekennzeichnete oberste baurechtliche Grundsatz ist aber als unmittelbar verbindliches Recht anzuerkennen. Er ist maßgebend für die Einstellung, aus der heraus alle einzelnen, die Beziehungen des Bauwesens regelnden Sondervorschriften verstanden und gewertet werden müssen. Er ist es, dem, im Grunde genommen, alle anderen Bauvorschriften dienen. Ihm sind deshalb diese Einzelvorschriften rechtlich untergeordnet. Deren Aufgabe ist es, jenen Hauptgrundsatz zu verwirklichen und auszuführen. In ihnen erschöpft sich jedoch dieser Grundsatz nicht; er ist vielmehr die eigentliche Rechtsquelle, die hinter den Einzelvorschriften steht, und aus der diese selbst erst fließen.

Eine solche Auslegung des Gesetzes entspricht allerdings nicht früherer liberalistischer Staats- und Rechtsauffassung, die das Recht des einzelnen gegenüber dem Staate und die Freiheit des einzelnen vom Staate in heute nicht mehr anzuerkennendem Umfange — mitunter selbst auf Kosten der Gesamtinteressen — als schutzwürdig behandelte; mit den Grundsätzen der heutigen nationalsozialistischen Staats- und Rechtsauffassung steht sie aber nicht nur im Einklang, sondern wird von dieser unmittelbar gefordert. Nach ihr ist das Recht nicht die Gesamtheit der vom Gesetzgeber ausdrücklich festgelegten Einzelbestimmungen. Die Gesetzesbestimmungen sind vielmehr nur der Ausdruck der im Volke wurzelnden Rechtsgedanken. Nicht die Gesetzesbestimmungen, sondern diese Rechtsgedanken („Rechtsgebilde"), nach denen sich in steter Entwicklung die Gesetze richten, stellen das „Recht" dar. Nicht allein die Gesetzesbestimmungen zu verwirklichen, sie logisch nach dem Wortlaut auszulegen, ist die Aufgabe der mit der Rechtsanwendung befaßten Behörden, sondern die Sorge dafür, daß ihre Maßnahmen, soweit es die Gesetzesbestimmungen zulassen, mit diesen im Volke wurzelnden Rechtsanschauungen im Einklange stehen. In diesem Sinne wird dem „Rechte" als Gemeinschaftsrechte, d. h. als der Ordnung, in der das Volk sein Gemeinschaftsleben führt, sogar der Vorrang vor den Gesetzen selbst zuerkannt (vgl. Huber: DJZ. 1934, 951/57; Carl Schmitt: JW. 1934, 713; Koellreutter: DJZ. 1934, 625; Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, S. 18; Maunz, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 33). Im Verhältnisse zwischen Staat und Einzelwesen steht nicht das Recht des einzelnen über dem des Staates und dem der Gemeinschaft. Vielmehr ist der Betätigung jedes einzelnen rechtlich die Grenze gesetzt, daß sie sich nicht mit den Belangen der Volksgemeinschaft in Widerspruch setzen darf („Gemeinnutz geht vor Eigennutz"). Vorwiegend die aus dem Eigentume fließenden Befugnisse dürfen nur so gehandhabt werden, daß der gemeine Nutzen, die Belange der Volksgemeinschaft, nicht verletzt werden. Dies gilt ganz besonders für die Ausübung der Befugnisse, die aus dem Eigentum von Grund und Boden fließen. Denn der naturgegebene Zusammenhang und die Unbeweglichkeit geben dem Grund und Boden im Gegensatz zu den anderen Rechtsgütern seine besondere Wichtigkeit und ausschlaggebende Bedeutung für das Volksganze.

Bei der Handhabung des Baurechtes dürfen nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen die einzelnen Gesetzesvorschriften nicht so angewendet werden, daß sie mit dem entwickelten obersten Grundsatze des Baurechtes in Widerspruch treten. Denn ein solcher Widerspruch würde das „Recht" verletzen.

Die Einzelbauvorschriften sind für Regelfälle gedacht und als Regelvorschriften erlassen. Hierfür sind sie ausreichend und selbstverständlich für die Behörden verbindlich. Sie behalten deshalb nach wie vor ihre große Bedeutung. Die Rechtssicherheit erfordert es, daß die vom Gesetzgeber gegebenen Einzelregeln von allen Behörden in den dafür bestimmten Fällen gleichmäßig angewendet werden. Der Gesetzgeber kann deshalb die Rechtshandhabung den Behörden nicht lediglich nach allgemeinen, von der persönlichen Einstellung des einzelnen Beamten allzu abhängigen Grundanschauungen überlassen. Die Gleichmäßigkeit der Rechtshandhabung, die im Wesen des Rechts und der Gerechtigkeit liegt, würde hierunter leiden. Der Gesetzgeber kann deshalb eine gewisse „Schematisierung" der Einzeltatbestände nie ganz entbehren. An sie sind die Behörden ebenso gebunden, wie an alles andere Recht. Der Bauende kann deshalb auch im Regelfalle darauf rechnen, daß er bei Einhaltung der gesetzlichen Einzelbestimmungen die baupolizeiliche Genehmigung erhalten werde. Die Einzelvorschriften bilden aber nicht mehr die starre, für die Behörde nicht überschreitbare Grenze, bis zu der in jedem Falle die bauliche Ausnutzung eines Grundstücks gestattet werden müßte. Die Behörde hat deshalb, auch wenn die baurechtlichen Einzelbestimmungen (z. B. diejenigen über Grenzabstand, Gebäudehöhe, Mauerstärke usw.) eingehalten sind, nicht unter allen Umständen die Verpflichtung, den Bau zu genehmigen. Vielmehr hat sie in Ausnahmefällen, in denen die Verwirklichung des Bauvorhabens dem beherrschenden Grundsatz des Baurechts in dem dargelegten Sinne widersprechen würde, das Recht und die Pflicht, den allgemeinen Rechtsgrundsatz unter Abweichung von der Einzelvorschrift zur Geltung zu bringen. Ob und wann ein solcher Widerstreit vorliegt, läßt sich durch eine allgemeine Formel nicht ausdrücken und hängt vom Einzelfall ab. Ergibt eine Prüfung, daß die Verhältnisse von dem Regelfalle, für den die Einzelvorschrift gilt, derart abweichen, daß die Anwendung der Regel auf den Ausnahmefall keine i. S. der Volksgemeinschaft vernünftige Lösung darstellen würde, so werden auch die Behörden über die einschränkenden Einzelvorschriften des Baugesetzes hinaus in Übereinstimmung mit dem Grundrechtssatze zu entscheiden haben.

Hiernach ist im einzelnen Baufalle zu entscheiden, wie gegenseitige nachbarliche Belange berücksichtigt und Schädigungen der Nachbarn vermieden werden können. Es ist vom Standpunkte des Gemeinschaftsfriedens abzuwägen, wessen Einzelbelange die größere Berücksichtigung erheischen, und ob danach eine Beschränkung des Bauenden gerechtfertigt ist.

Nach den vorstehenden Darlegungen kann die bisherige Rspr. des OVG., die zu den Einzelbestimmungen des Baugesetzes in zahlreichen Entsch. ergangen ist, nicht mehr aufrechterhalten werden, soweit sie mit dem entwickelten obersten Grundsatz nicht im Einklang steht.

Es ist nicht zu verkennen, daß bei Beachtung dieses Grundsatzes die Baupolizeibehörden künftig in Ausnahmefällen vor schwierigere Entscheidungen gestellt werden, als wenn sie nach der bisherigen Rspr. die Einzelvorschriften in mehr schematischer Weise handhaben. Indessen wird eine von den Fesseln starrer Paragraphenanwendung gelöste Handhabung der Baupolizei die Grundsätze eines gesunden, den Belangen der Gesamtheit wie des einzelnen dienenden Baurechtes am zuverlässigsten verwirklichen und damit eine der Volksgemeinschaft dienende Bauentwicklung am ehesten ermöglichen können.

(SächsOVG., Urt. v. 18. Jan. 1935, 119 I 34. Abgedr. Jahrb. des SächsOVG. 39, 1.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — DA. IV. Vj. 34: 20875. Druckauflage dieses Heftes 21300.